

An das
Bundesministerium für Arbeit

Per E-Mail:
II8@bma.gv.at

Geschäftszahl: 2021-0.399.524

BMJ - StS DS (Stabsstelle für
Datenschutz)
Kompetenzstelle GDSR
(Geschäftsstelle des Datenschutzrates)

dsr@bmi.gv.at
+43 1 52152 2918
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
dsr@bmi.gv.at zu richten.

GZ des
Begutachtungsentwurfes:
2021-0.268.808

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz geändert wird; Stellungnahme des Datenschutzrates

Der **Datenschutzrat** hat in seiner 259. Sitzung am 7. Juni 2021 **einstimmig beschlossen**, zu
der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

I. Allgemeines

- 1 Laut den Erläuterungen habe sich die Bauwirtschaft, um Lohn- und Sozialdumping sowie Sozialbetrug und illegale Beschäftigung in der Bauwirtschaft noch besser bekämpfen zu können, darauf geeinigt, ein Identitäts-Managementsystem (IT-System) zur Erfassung von aktuellen und relevanten Daten von auf Baustellen beschäftigten Personen einzuführen. Mit der Errichtung und dem Betrieb dieses IT-Systems werde die Bau-ID GmbH befasst, eine einhundertprozentige Tochter der Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK). Das IT-System, soll mittels einer Bau-ID Karte (Bau-ID) genutzt werden, die einem im System gemeldeten Arbeitnehmer ausgestellt wird und mit der die Einsicht in die bei der Bau-ID GmbH verarbeiteten Daten ermöglicht werde. So soll täglich von Baustellenverantwortlichen überprüft werden können, ob für die auf einer Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer die erforderlichen Meldungen (wie insbesondere SV-Meldung, Meldung bei

der Urlaubs- und Abfertigungskasse) vorliegen. Weiters sollen die Kontrollabläufe auf der Baustelle durch die zuständigen Kontrollstellen beschleunigt werden. Mit den vorgeschlagenen Regelungen sollen die datenschutzrechtlichen Begleitmaßnahmen für eine automationsunterstützte Weitergabe von aktuellen Daten durch die Urlaubs- und Abfertigungskasse mittels Schnittstelle an die Bau-ID GmbH zur Datenverarbeitung getroffen werden.

II. Datenschutzrechtliche Bemerkungen

- 2 Vorweg stellt sich ganz grundlegend die Frage, zu welchem Zweck die Bau-ID GmbH überhaupt eingerichtet wird, zumal diese weitgehend von den Daten der Urlaubs- und Abfertigungskasse abhängig ist (siehe etwa die Abfragen gemäß § 34b des Entwurfes). Es sollte vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß § 1 Abs. 2 DSGVO und des Grundsatzes der Datenminimierung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO jedenfalls geprüft werden, ob die Aufgaben der Bau-ID GmbH nicht ohnedies unmittelbar von der Urlaubs- und Abfertigungskasse wahrgenommen werden können und die Bau-ID GmbH für diese Zwecke gar nicht benötigt würde.

Zu Z 1 (§§ 34 bis 34d):

Zu § 34:

- 3 Aus § 34 geht nicht hervor, ob die Urlaubs- und Abfertigungskasse auch Verantwortlicher für die Datenverarbeitungen im Personalinformationssystem (IT-System) ist. Gleiches ist hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Rolle der Bau-ID GmbH bzgl. der ihr zukommenden Datenverarbeitungen gemäß der §§ 34a und 34b anzumerken. Erst aus § 34d (Datensicherheitsmaßnahmen) ergibt sich die grundsätzliche Verantwortlichkeit gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO für die Datenverarbeitung. Nachdem die Festlegung der Rollenverteilung keine Datensicherheitsmaßnahme darstellt, sollte die datenschutzrechtliche Rolle legislativ bereits iZm der Anordnung der Datenverarbeitung festgelegt werden.

- 4 Zudem stellt sich allgemein die Frage, welche Datenarten im Personalinformationssystem verarbeitet werden und wer die (personenbezogenen) Daten abfragen darf. Dies sollte klarer und verständlicher im Gesetz geregelt werden.

Zu § 34a:

- 5 Fraglich ist der Inhalt des „Dienstleistungsvertrages“ gemäß § 34a Abs. 1. Es sollte klarer erläutert werden, ob damit auch Vereinbarungen über Datenverarbeitungen getroffen

werden. Die Regelung einer hoheitlichen Datenverarbeitung müsste jedenfalls aufgrund von § 1 Abs. 2 DSG im Gesetz und nicht in einer privatrechtlichen Vereinbarung erfolgen.

- 6 § 34a Abs. 1 sieht eine Einwilligung des Arbeitgebers gemäß Art. 4 Z 11 DSGVO vor. Hierzu ist anzumerken, dass die DSGVO nur die personenbezogenen Daten natürlicher Personen schützt. Die Daten juristischer Personen fallen zwar nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO, werden aber vom Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSG geschützt. In diesem Sinne sollte – soweit Daten von juristischen Personen verarbeitet werden – in den Erläuterungen auch auf § 1 Abs. 2 DSG und die dort geregelte „Zustimmung“ als Eingriffsgrundlage Bezug genommen werden.
- 7 Allgemein stellt sich die Frage, aus welchem Grund der Arbeitgeber einem derartigen Vertrag (sowie einer Datenübermittlung) zustimmen sollte. Vor dem Hintergrund der geforderten Freiwilligkeit für eine Einwilligung (und iwS auch für einen gültigen Vertrag) müsste sichergestellt werden, dass kein unzulässiger Druck hinsichtlich der Einwilligung und des Vertragsabschlusses ausgeübt wird (etwa im Wege der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in Hinkunft nur an solche Arbeitgeber, die den Vertrag geschlossen und der Datenübermittlung zugestimmt haben).
- 8 Weiters wird darauf hingewiesen, dass aufgrund von Art. 7 Abs. 3 DSGVO eine erteilte Einwilligung auch widerrufen werden kann. In den Erläuterungen sollte auf diese Möglichkeit und die Rechtsfolgen näher eingegangen werden.
- 9 Weitgehend unklar lässt § 34a Abs. 1 zudem, ob sich die Einwilligung auch auf die Übermittlung der personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer beziehen soll. Diesbezüglich wird angemerkt, dass eine „Einwilligung“ zur Datenverarbeitung stets nur von der von der Datenverarbeitung betroffenen Person (bzw. allenfalls einem befugten bzw. gesetzlichen Vertreter) erteilt werden kann. Dies wäre – neben den Daten des Arbeitnehmers – insbesondere hinsichtlich des Datums „Name und Adresse der zur Vertretung nach außen Berufenen“ zu berücksichtigen. Im Übrigen wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die von Art. 4 Z 11 DSGVO geforderte „Freiwilligkeit“ einer Einwilligung im Arbeitsverhältnis kritisch zu hinterfragen wäre. Es kann nicht in jedem Fall angenommen werden, dass eine im Rahmen des Arbeitsverhältnisses abgegebene „Einwilligungserklärung“ tatsächlich den Vorgaben des Art. 4 Z 11 DSGVO entspricht.
- 10 Soweit personenbezogene Daten der Arbeitnehmer ohne Einwilligung der Arbeitnehmer (in Folge der Einwilligung der Arbeitgeber zur Anlage des Unternehmens) übermittelt werden sollen (dies scheint zumindest aufgrund der Regelung des § 34a Abs. 2 bei der

Aktualisierung der Fall zu sein), stellt sich die grundlegende Frage, weshalb dem Arbeitgeber die Entscheidung (im Rahmen des „Dienstleistungsvertrages“ bzw. der „Einwilligung“) zukommt, dass die Daten seiner Arbeitnehmer aufgrund des Gesetzes übermittelt werden. Im Ergebnis würde dies einer Einwilligung des Arbeitgebers zur Übermittlung der Daten der betroffenen Arbeitnehmer nahekommen. Diesbezüglich wird auf die obigen Ausführungen zur erforderlichen Einwilligung durch die betroffene Person selbst verwiesen.

- 11 Inwiefern die in § 34a Abs. 1 genannten personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer tatsächlich zur Zweckerreichung erforderlich sind (zB das Arbeitnehmerkennzeichen und die Adresse), wäre in den Erläuterungen ausführlicher zu begründen. Hinsichtlich der Adresse erscheint auch unklar, ob es sich um die Wohnadresse des Arbeitnehmers handelt und wozu diesfalls die „Wohnadresse“ überhaupt erforderlich wäre. Auf die Informationspflichten nach Art. 13 bzw. 14 DSGVO wird idZ hingewiesen.
- 12 Aus § 34a Abs. 2 ist weiters nicht ersichtlich, in welchen Zeitintervallen eine Übermittlung stattfindet und ob jeweils der Gesamtdatensatz oder nur die geänderten Daten übermittelt werden. Die Regelung wäre vor allem vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß § 1 Abs. 2 DSG zu erläutern. Auf die grundlegende datenschutzrechtliche Problematik der Übermittlung der Daten des Arbeitnehmers aufgrund des „Dienstleistungsvertrages“ bzw. der „Einwilligung“ des Arbeitgebers wird idZ nochmals hingewiesen.

Zu § 34b:

- 13 § 34b Abs. 1 sieht cursorisch eine Datenabfrage der Bau-ID vor. Es müsste jedenfalls genauer im Gesetz geregelt werden, wie die Datenabfrage erfolgt und welche Daten abgefragt werden, insbesondere auch, wie die Arbeitnehmer daran „mitwirken“ (etwa durch Vorzeigen einer Bau-ID Karte etc.). Gänzlich offen lässt die Bestimmung, ob die Bau-ID ein eigener Ausweis ist (und welche Rechtsqualität diesem Ausweis zukommen würde) bzw. welche Daten diesfalls darauf enthalten sind oder ob ein Lichtbildausweis (zusätzlich dazu) kontrolliert wird. Hierbei wären die nur in den Erläuterungen enthaltenen Ausführungen zur Bau-ID Karte auch im Gesetz abzubilden.
- 14 Allgemein erscheint nicht ausreichend, dass nur eine „automationsunterstützte“ Übermittlung von Daten angeordnet wird. Es wäre darzulegen, wie auf welche technische Art und Weise (zB mittels Schnittstelle oder Webservice) die Abfragen erfolgen (siehe im Vergleich dazu die konkrete Regelung der Schnittstelle hinsichtlich des Arbeitsmarktservices in § 34b Abs. 2).

- 15 Völlig unklar ist auch, wie die Anfrage der Bau-ID GmbH an die Urlaubs- und Abfertigungskasse erfolgt bzw. welche Daten zum Zweck der Anfrage von der Bau-ID GmbH übermittelt werden. Vor allem stellt sich die Frage, ob die Bau-ID GmbH damit das Personalinformationssystem gemäß § 34 abfragt und welche Personen der Bau-ID GmbH berechtigt sind, derartige Datenabfragen zu tätigen.
- 16 Auch hinsichtlich der Datenverarbeitungen gemäß § 34b stellt sich die Frage, ob diese im Rahmen der Hoheitsverwaltung (bzw. der „schlichten“ Hoheitsverwaltung) erfolgen.
- 17 Gemäß § 34b Abs. 1 gilt die Ermächtigung der Urlaubs- und Abfertigungskasse auch für die Datenabfrage von Arbeitnehmern, die nicht in einem Betrieb (Unternehmen) gemäß § 2 Abs. 1 beschäftigt sind. Allgemein wäre (auch verfassungsrechtlich) zu klären, ob diese Anordnung hinsichtlich des Wirkungsbereichs der Urlaubs- und Abfertigungskasse zulässig ist.
- 18 Aus § 34b Abs. 1 geht nicht hervor, wie die Daten solcher Arbeitnehmer überhaupt zur Urlaubs- und Abfertigungskasse gelangen. Dies wird erst nachfolgend in § 34b Abs. 2 geregelt. Es sollte daher geprüft werden, ob nicht aus systematischen Gründen der letzte Satz des § 34b Abs. 1 in § 34b Abs. 2 verschoben werden kann.
- 19 Es sollte in den Erläuterungen klargelegt werden, ob die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz des Amtes für Betrugsbekämpfung gemäß § 34b Abs. 2 ein eigenständiger Verantwortlicher gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO ist. Die (auch verfassungsrechtliche) Frage nach dem Wirkungsbereich der Urlaubs- und Abfertigungskasse stellt sich auch hinsichtlich der Regelung in § 34b Abs. 2.
- 20 Zu § 34b Abs. 3 erster Satz stellt sich die Frage, ob die Bau-ID GmbH in datenschutzrechtlicher Sicht für die Datenabfrage „verantwortlich“ sein soll oder welche sonstige „Verantwortlichkeit“ damit gemeint sein soll. Fraglich erscheint auch, was das „Scanprotokoll der Bau-ID des Arbeitnehmers“ ist. Unklar ist zudem, woher die GPS-Koordinaten des Scanortes stammen.
- 21 Der konkrete Regelungsinhalt des § 34b Abs. 3 erscheint damit generell nur schwer nachvollziehbar. Die Norm sollte daher vor dem Gesichtspunkt der besseren Verständlichkeit nochmals grundlegend überarbeitet werden.

22 Die Urlaubs- und Abfertigungskasse verarbeitet gemäß § 34b Abs. 4 Daten, die von der Bau-ID GmbH erhoben wurden, zu Kontrollzwecken (weiter). Es stellt sich auch diesbezüglich die Frage nach der Hoheitsverwaltung, insbesondere, wenn mit den Kontrollen auch Sanktionen verbunden sind. Weshalb diese Daten erst nach Ablauf des siebenten Kalenderjahres zu löschen sind, wäre im Hinblick auf die lange Aufbewahrungsdauer jedenfalls deutlich ausführlicher zu erläutern. Grundsätzlich könnte mit diesen Aufzeichnungen auch ein konkretes Profil der Tätigkeit des Arbeitnehmers über mehrere Jahre hinweg erstellt werden. Es stellt sich die grundsätzliche Frage, wozu dies benötigt wird.

Zu § 34c:

23 Bezüglich der Abfrage der Daten und des Scanprotokolls durch den Arbeitnehmer stellt sich die Frage, wie diese Datenabfrage (technisch) erfolgt.

Zu § 34d:

24 Wie bereits oben ausgeführt wurde, wäre die datenschutzrechtliche Rollenverteilung – zumal sie keine Datensicherheitsmaßnahme darstellt – sinnvoller Weise iZm der Datenverarbeitung zu regeln.

25 Weshalb nur die „Bau-ID“ als Verantwortliche die notwendigen Datensicherheitsmaßnahmen zu treffen hat – nicht jedoch die Urlaubs- und Abfertigungskasse für ihre Datenverarbeitungen – erscheint nicht nachvollziehbar. Grundsätzlich ergibt sich diese Anordnung aber bereits unmittelbar aus Art. 32 DSGVO und könnte somit in § 34d entfallen. Im Übrigen sollte in § 34d zweiter Satz statt dem Begriff „Bau-ID“ der Begriff „Bau-ID GmbH“ verwendet werden.

26 Es sollte jedenfalls bereits im Gesetz festgelegt werden, wie das Verfahren zur Datenabfrage mittels Bau-ID sicherzustellen ist, zumal es sich auch hierbei nicht um eine Datensicherheitsmaßnahme handelt.

27 IZm der Regelung der Zugangsberechtigungen und Zugriffsrechte auf die in den §§ 34a und 34b genannten personenbezogenen Daten sollte auch die Kontrolle bzw. die Datenabfrage bei der Kontrolle auf der Baustelle geregelt werden.

28 Die Erforderlichkeit der Aufbewahrung der von der Bau-ID GmbH erfassten Daten für eine Dauer von bis zu sieben Jahren sollte jedenfalls näher erläutert werden, zumal diesbezüglich auf einen Speicherzeitraum von sieben Jahren nach ihrer letzten

Verwendung abgestellt wird und damit die Daten sieben Jahre ohne konkret ersichtliche Erforderlichkeit auf Vorrat gespeichert würden.

29 Es sollte idZ grundsätzlich geprüft werden, ob die Daten nicht bereits kurze Zeit nach dem Ende des letzten Arbeitsverhältnisses gelöscht werden können.

Zur Wirkungsorientierten Folgenabschätzung:

30 Das Vorblatt enthält detaillierte Ausführungen zur Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO. Inwiefern diese Ausführungen den Vorgaben des Art. 35 Abs. 10 iVm Abs. 7 im Hinblick auf eine Vorwegnahme der Datenschutz-Folgenabschätzung entsprechen, wäre mit der Datenschutzbehörde zu klären. Im Zusammenhang mit der Verarbeitung von GPS-Koordinaten iZm Arbeitnehmern wird auch auf § 2 Abs. 3 Z 3 und 4 der Verordnung der Datenschutzbehörde über Verarbeitungsvorgänge, für die eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist (DSFA-V), BGBl. II Nr. 278/2018, hingewiesen.

31 Allgemein wird angemerkt, dass Ausführungen in der Datenschutz-Folgenabschätzung (bzw. allgemein auch in den Erläuterungen) nicht die erforderlichen gesetzlichen Regelungen ersetzen können. Zudem stellt sich die Frage, ob die Datenschutz-Folgenabschätzung auch die betreffenden Datenverarbeitungen der Arbeitgeber umfassen soll. Dies sollte noch deutlicher dargelegt werden.

Für den Datenschutzrat

Der Vorsitzende:

OFENAUER

7. Juni 2021

Elektronisch gefertigt