arbeitung **geeignet, (konkret) erforderlich** und **verhältnismäßig im engeren Sinn** (dh der Eingriff in das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten muss dem Zweck der Datenverarbeitung angemessen sein) ist.[106] Dabei kommt es **zB** auf **Verwendung und Aufgaben bei betroffenen AN** an. Die Kenntnis bestimmter Daten – bspw zu Gesundheit oder Vermögenslage – kann bei den einen AN alle diese (drei) Voraussetzungen erfüllen und daher zulässig sein (zB bei einem Bankmitarbeiter in der Wertpapier-Abteilung seine Vermögenslage), bei anderen AN zumindest nicht (konkret) erforderlich und daher unzulässig sein.[107]

Beispiele:

(1) Die Verwendung pseudonymisierten bzw anonymisierten Datenmaterials ist, wenn für den Auswertungszweck ausreichend, der Verwendung personenbezogener Rohdaten vorzuziehen.

(2) Wünscht der AG, dass die AN bestimmte Webseiten (zB mit anstößigem Inhalt) nicht aufsuchen, so handelt es sich bei einer entsprechenden Zugangssperre (durch den Einsatz von Filter-Software) im Vergleich zur Protokollierung der Seitenbesuche (mit Abschreckungsfunktion) um das verhältnismäßigere Mittel.

(3) Eine bloße Echtzeitüberwachung (von bestimmten heiklen Arbeitsvorgängen zB in der Pharmabranche) stellt das verhältnismäßigere Mittel im Vergleich zur Aufzeichnung und Speicherung entsprechender Daten dar.

(4) Die Bereitstellung von sogenannten „Präsenzinformationen" durch einen „Instant Messaging"-Server, der „weiß", welche Mitarbeiter online (= verfügbar) oder offline sind, an alle anderen Mitarbeiter ist unverhältnismäßig; erforderlich wäre das bspw nur bei der spontanen Initiative zu einer Konferenzschaltung hinsichtlich dieses Initiators in Bezug auf die einzuladenden Mitarbeiter.

2.57 Der Grundsatz der „Zweckbindung" ist auch für die Dauer der Aufbewahrung der Daten von Bedeutung. Daten dürfen nur solange in einer Form, die die Identifizierung der betroffenen Person ermöglicht, gespeichert werden, als dies zur Zweckerreichung erforderlich ist (**Grundsatz der „Speicherbegrenzung"** in Art 5 Abs 1 lit e DSGVO). Um sicherzustellen, dass die personenbezogenen Daten nicht länger als nötig gespeichert werden, muss der Verantwortliche gem ErwGr 39 DSGVO deshalb **Fristen für** ihre **Löschung** oder regelmäßige Überprüfung (hinsichtlich einer Löschung- bzw Berichtigungspflicht) **vorsehen.**

Praxistipp:

Im Kontext eines Arbeitsverhältnisses sind (jeweils erforderliche) Personaldaten betreffend Lohnsteuer und Abgabenpflicht sowie Sozialversicherungspflicht grds maximal sieben Jahre (ab Schluss des jeweiligen Kalenderjahres) aufzubewahren. Im Bereich des Arbeitsrechts gilt für eine Vielzahl von Personaldaten (unter Zugrundelegung von § 1486 Z 5 ABGB) eine maximal dreijährige Aufbewahrungspflicht; die unbedingt notwendigen Personaldaten für ein Dienstzeugnis sind sogar 30 Jahre lang (nach Ausscheiden des AN natürlich mit entsprechen-

106 Siehe zu diesem „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" auch Art 52 Abs 1 GRC.
107 Vgl *Rebhahn,* Mitarbeiterkontrolle 48.

den Zugriffsbeschränkungen, da sie ja nicht mehr für das laufende Tagesgeschäft benötigt werden) aufzubewahren.[108]

2.58 Dem **Grundsatz der „Richtigkeit"** gem Art 5 Abs 1 lit d DSGVO entspricht das subjektive Recht der betroffenen Person auf Berichtigung in Art 16 DSGVO: Die betroffene Person hat das Recht, von dem Verantwortlichen unverzüglich die Berichtigung sie betreffender unrichtiger personenbezogener Daten zu verlangen. Unter Berücksichtigung der Zwecke der Verarbeitung hat die betroffene Person das Recht, **(auch)** die **Vervollständigung** unvollständiger personenbezogener Daten — **auch mittels** einer (zu speichernden) **ergänzenden Erklärung** — zu verlangen (siehe zu einem entsprechenden Anwendungsfall die Rz 8.207).

2.59 Die **Grundsätze der „Integrität und Vertraulichkeit"** gem Art 5 Abs 1 lit f DSGVO sind zwar formal neu, entsprechen aber nur speziellen Ausformungen der schon bisher zu gewährleistenden **Informationssicherheit.**[109] Gem ErwGr 39 DSGVO sollen personenbezogene Daten deshalb so verarbeitet werden, dass ihre Sicherheit und Vertraulichkeit hinreichend gewährleistet ist, wozu auch gehört, dass **Unbefugte keinen Zugang zu den Daten** haben und weder die Daten noch die Geräte, mit denen diese verarbeitet werden, benutzen können.

2.60 Zur terminologischen Abgrenzung ist in diesem Zusammenhang auszuführen, dass der Begriff der **„IT-Sicherheit",** der alle IT-Systeme und alle (auch nicht-personenbezogenen, zB anonymisierten) Daten umfasst, das Teilsegment der **„Sicherheit (personenbezogener) Daten" umschließt;** der Datensicherheitsbegriff entstammt eigentlich der angewandten Informatik und ist in diesem Fachgebiet ein Oberbegriff, der den Datenschutz iwS beinhaltet (dortige Terminologie: „Vertraulichkeit" von [allen möglichen] Daten – daneben geht es noch um die „Verfügbarkeit" und die „Integrität" von Daten). Umgekehrt regelt das Fachgebiet „Datenschutzrecht", wo es nur um personenbezogene bzw personenbeziehbare Daten geht **(„Datenschutz ist Personenschutz"),** auch den Aspekt der Sicherheit dieser Daten (als technischen und organisatorischen Rahmen) mit,[110] dh beide Fachgebiete befinden sich in einer **Wechselwirkung,** die durchaus auch einmal zu Antinomien führen kann (zB bei Protokollierungspflichten als Datensicherheitsmaßnahme, die ja ihrerseits – durchaus schutzwürdige – personenbezogene Daten generieren).

2.61 Gem dem **Meta-Grundsatz der „Rechenschaftspflicht"** ist der Verantwortliche für die Einhaltung der vorgenannten Grundsätze verantwortlich und muss deren Einhaltung nachweisen können (Art 5 Abs 2 DSGVO). **Neu** hinzugekommen ist damit wohl die Verpflichtung des Verantwortlichen, die Einhaltung dieser Grundsätze allenfalls auch **nachweisen, sprich dokumentieren, zu können.**[111]

2.62 Zu beachten ist noch, dass **selbst eine Einwilligung** in eine Verarbeitung diese **nicht rechtmäßig** macht, **wenn** die verarbeiteten personenbezogenen **Daten für den Zweck**

108 Dazu näher *Sabara,* ARD 6600/5/2018.
109 Vgl *König* in *Brodil* 28.
110 Siehe dazu näher Art 32 DSGVO.
111 Dazu näher *Kastelitz,* Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, in *Knyrim,* DS-GVO 105.

der Datenanwendung **nicht wesentlich bzw unangemessen** (vor allem iZm sensiblen Daten eine relevante Einschränkung) **sind,** weil die Einwilligung erst auf einer späteren Prüfebene der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung als Erlaubnistatbestand zu tragen kommt.[112]

> **Beispiel:**
>
> In einer Mitarbeiterzeitung wird „Geburtstagskindern" unter den AN gratuliert. Selbst wenn man diese Daten über Geburtstage für den Zweck einer Mitarbeiterzeitung als wesentlich ansieht, was durchaus bezweifelt werden kann, wäre jedenfalls die Anführung des Geburtsjahres der betroffenen AN selbst mit deren Einwilligung datenschutzrechtlich unzulässig, weil das Datum „Geburtsjahr" für eine Gratulation zum Geburtstag nicht wesentlich ist.

b) Die neue Datenschutz-Folgenabschätzung (Data Protection Impact Assessment – DPIA)

2.63 Künftig wird die (bürokratische) Pflicht zur Registrierung einer Datenverarbeitung im DVR durch die grds Pflicht zur selbstregulatorischen **Führung eines Verarbeitungsverzeichnisses** gem Art 30 DSGVO abgelöst. Darüber hinaus wird die Vorabkontrolle einer Datenverarbeitung durch die DSB durch das Modell einer **selbstregulatorischen allfälligen Verpflichtung** zur **Durchführung** einer sogenannten **Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA** bzw **DPIA**) gem Art 35 f DSGVO vor der Inbetriebnahme einer Datenverarbeitung ersetzt, was dem **risikobasierten Ansatz der DSGVO** entspricht:

2.64 Hat eine Form der Verarbeitung, insb bei Verwendung neuer Technologien, aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich ein **hohes Risiko für** die **Rechte und Freiheiten natürlicher Personen** zur Folge, so führt der Verantwortliche unter **Einbindung des Datenschutzbeauftragten vorab** eine **Abschätzung der Folgen** der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge **für** den **Schutz personenbezogener Daten** durch. Für die Untersuchung mehrerer ähnlicher Verarbeitungsvorgänge mit ähnlich hohen Risiken kann eine einzige Abschätzung vorgenommen werden. Der Verantwortliche hat **allenfalls** zusätzlich vor der Verarbeitung die **DSB** dann zu **kontaktieren,** wenn aus der DPIA hervorgeht, dass die Verarbeitung ein hohes Risiko zur Folge hätte, sofern der Verantwortliche keine **ausreichenden Maßnahmen zur Eindämmung des Risikos** trifft bzw treffen kann. Falls die DSB der Auffassung ist, dass die geplante Datenverarbeitung nicht im Einklang mit der DSGVO stünde, insb weil der Verantwortliche das Risiko nicht ausreichend ermittelt oder nicht ausreichend eingedämmt hat, unterbreitet sie dem Verantwortlichen und gegebenenfalls dem Auftragsverarbeiter innerhalb eines Zeitraums von bis zu acht Wochen nach Erhalt des Ersuchens um Konsultation entsprechende **schriftliche Empfehlungen.** Im **Zuge der Evaluierung** ist gem Art 35 Abs 9 DSGVO grds auch der **Standpunkt der betroffenen Personen oder ihrer**

112 So auch die *Arbeitsgruppe nach Art-29 DSRL,* Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679**,** zuletzt überarbeitet und angenommen am 10. 4. 2018**,** WP 259 rev.01, 4.

Vertreter zu der beabsichtigten Datenverarbeitung **einzuholen** (unterbleibt solches, ist der Grund dafür zu dokumentieren).[113]

Letztlich kann die Datenschutz-Folgenabschätzung als **„Datenschutz-Compliance-Tool"** und **Bestandteil** eines (weitergehenden) **Risk Managements** angesehen werden.[114] **2.65**

Für **bereits existierende Verarbeitungsvorgänge,** die **unverändert** fortgeführt werden, ist grds **keine Datenschutz-Folgenabschätzung** durchzuführen, wenn die Verarbeitungsvorgänge durch die Datenschutzbehörde bereits zu einem früheren Zeitpunkt im Zuge einer DVR-Registrierung im Rahmen eines **Vorabkontrollverfahrens** gem § 18 DSG 2000 **genehmigt** wurden.[115] **2.66**

c) Rechtmäßigkeits- bzw Erlaubnistatbestände für eine Verarbeitung im Arbeitsverhältnis

Als nächster Prüfschritt der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung sind die einzelnen Rechtmäßigkeits- bzw Erlaubnistatbestände zu beachten. Für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung im Arbeitsverhältnis kommt primär Art 6 Abs 1 lit b DSGVO zu tragen, wonach die Verarbeitung für die **Erfüllung eines (Arbeits-)Vertrages,** dessen Vertragspartei die betroffene Person (ggst der AN) ist, oder zur **Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich** sein muss, die auf Anfrage der betroffenen Person (ggst der Stellenwerber) erfolgen; eine **bloße Nützlichkeit reicht** sohin **nicht** aus (zB Kontrollen des Verhaltens des AN und nicht nur seiner Leistung bzw Leistungsbereitschaft). **2.67**

Datenforensische Untersuchungen des Datenbestandes von bzw über AN im Unternehmen mittels spezieller Software (zB aus Anlass gefakter E-Mails) dienen ebenfalls nicht der Erfüllung des Arbeitsvertrages und **bedürfen** einer **anderen Grundlage** für ihre Rechtmäßigkeit (zB Art 6 Abs 1 lit f DSGVO, dazu im Folgenden). **2.68**

Gem Art 6 Abs 1 lit c DSGVO ist eine Verarbeitung auch dann rechtmäßig, wenn sie zur **Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung** erforderlich ist, der der Verantwortliche (ggst der AG) unterliegt. Die Rechtsgrundlage dieser rechtlichen Verpflichtung muss gem Abs 3 leg cit im Unionsrecht oder im **Recht des Mitgliedstaates** festgelegt sein, wo ua auch geregelt werden soll, für welche Zwecke die Daten verarbeitet werden dürfen.[116] Dieser **Rechtmäßigkeitstatbestand** wird **zB Aufzeichnungspflichten** nach dem AZG **2.69**

113 Zur daraus folgenden Konsequenz im Arbeitsverhältnis und insb zu betriebsverfassungsrechtlichen „Schnittstellen" wird auf die Rz 2.119 f verwiesen. ZT wird der AG sogar von der Verpflichtung zur Durchführung einer DSFA befreit, wenn eine entsprechend qualifizierte BV (mit Datenschutz-Maßnahmen iSv Art 88 Abs 2 DSGVO) abgeschlossen wird oder eine Zustimmung der Personalvertretung vorliegt (§ 2 Abs 2 vorletzter Satz BGBl II 2018/278 [DSFA-V]).

114 Dazu näher *Arbeitsgruppe nach Art-29 DSRL,* Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) v 4. 10. 2017, WP 248 rev 01, 17/EN, 4.

115 *Schmidl,* Leitfaden zur Datenschutz-Grundverordnung (www.dsb.gv.at/dokumente) 30 ff (Stand Juli 2018) unter Berufung auf die *Art 29-Datenschutzgruppe,* Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) v 4. 10. 2017, WP 248 rev 01, 17/EN, 13; siehe dazu auch *Haidinger,* Dako 2017, 119. So mittlerweile auch § 1 Abs 2 Z 1 der VO der DSB über die Ausnahmen von der Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA-AV) BGBl II 2018/108.

116 Siehe dazu näher ErwGr 45 DSGVO.

oder dem UrlG sowie Übermittlungen an die SV- und Finanzbehörden abdecken.[117] Zusätzlich können der **normative Teil** von **KollV** und **BV** nach Maßgabe des Art 88 DSGVO verpflichtende Verarbeitungsvorschriften (für den AG) beinhalten.[118]

2.70 Der Rechtmäßigkeitstatbestand des Art 6 Abs 1 lit d DSGVO für eine Verarbeitung, die erforderlich ist, um **lebenswichtige Interessen** der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen, könnte für bestimmte Sachverhalte (insb Kontrollen) im Bereich des Arbeitnehmerschutzes herangezogen werden.

2.71 Schließlich kommt als Art **„Auffangtatbestand"** auch noch die Generalklausel des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO für eine Verarbeitung in Betracht, die zur **Wahrung der berechtigten Interessen** des **Verantwortlichen** (ggst des AG) **oder** eines **Dritten** erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person (ggst des AN bzw auch seines allfälligen Kommunikationspartners), die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Auf jeden Fall wäre diesfalls das Bestehen eines berechtigten Interesses besonders sorgfältig **abzuwägen,** wobei auch zu prüfen ist, ob der Betroffene (idR der AN) zum Zeitpunkt der Erhebung seiner personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen sie erfolgt, **vernünftigerweise absehen kann,** dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird. Insbesondere dann, wenn personenbezogene Daten in Situationen verarbeitet werden, in denen der Betroffene vernünftigerweise nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen muss, könnten die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person das Interesse des AG überwiegen.[119]

> **Beispiel:**
>
> Der AG lässt die Log-Files[120] protokollieren, was dem üblichen technischen Standard zur Datensicherheit entspricht. In weiterer Folge stellt er die Überlegung an, diese (personenbezogenen) Protokolldaten analysieren zu lassen, um eine effiziente Verwendung der AZ der AN überprüfen zu können. Da die AN nicht mit einer Auswertung der Daten für diesen Zweck rechnen konnten, kann sich diese beabsichtigte (weitere) Verarbeitung nicht auf die Interessen des AG iSd Art 6 Abs 1 lit f DSGVO stützen, da die diesbezüglichen Datenschutz-Interessen der AN das entsprechende (Auswertungs-)Interesse des AG überwiegen werden.

2.72 Gem ErwGr 47 DSGVO stellt zB die Verarbeitung personenbezogener Daten im für die **Verhinderung von Betrug** unbedingt erforderlichen Umfang jedenfalls ein berechtigtes Interesse des jeweiligen Verantwortlichen dar.

2.73 Zwar gibt es **kein Konzernprivileg** für eine eigene Datenübermittlung innerhalb von Unternehmensgruppen, **doch** stellt ErwGr 48 DSGVO klar, dass Verantwortliche, die Teil einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Einrichtungen sind, die einer zentralen Stelle zugeordnet sind, ein **berechtigtes Interesse** (iSd Art 6 Abs 1 lit f

117 So auch *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner,* DS-GVO, Art 6 Rz 97.
118 Vgl *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner,* DS-GVO, Art 6 Rz 84 f.
119 Vgl ErwGr 47 DS-GVO.
120 Ein Log-File ist eine Datei mit der Prozesse, die in Computern und Netzwerken ablaufen, aufgezeichnet werden. Log-Files sind wichtige Informationsquellen, um die aktuelle Situation in einem Netzwerk zu erfassen oder um das Nutzerverhalten von Web-Besuchern zu analysieren.

DSGVO) haben können, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe **für interne Verwaltungszwecke,** einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten von Kunden und Beschäftigten, zu übermitteln. Die Grundprinzipien für die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb von Unternehmensgruppen an ein Unternehmen in einem Drittland bleiben davon unberührt (siehe dazu näher Rz 8.151 ff).

2.74 Für die **Verarbeitung sensibler Daten** findet sich in Art 9 Abs 2 lit b DSGVO ein **eigener Erlaubnistatbestand** für die diesbezüglichen Rechte und Pflichten aus dem **Arbeits- und Sozialrecht** (dazu näher Rz 2.97 ff).

2.75 Eine Verarbeitung ist gem Art 6 Abs 1 lit a DSGVO auch dann rechtmäßig, wenn die betroffene Person (als Ausdruck ihres **informationellen Selbstbestimmungsrechtes**) ihre **Einwilligung** zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat. Art 4 Z 11 DSGVO definiert diese „Einwilligung" allgemein als jede **freiwillig** für den bestimmten Fall, **in informierter Weise** und **unmissverständlich** abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen **eindeutigen bestätigenden Handlung,** mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

2.76 Aufgrund der **wirtschaftlichen Unterlegenheit des AN** im Arbeitsverhältnis und der daraus resultierenden „verdünnten Willensfreiheit" sind Einwilligungen eines AN (insb hinsichtlich einer entsprechenden „Wahlfreiheit")[121] aber **kritisch** zu hinterfragen.[122] Auch die **„faktische Notwendigkeit",** bestimmte Datenbankeinträge vorzunehmen, **schließt** eine echte **Freiwilligkeit** dieser Eintragungen **aus** (siehe das folgende Bsp).[123]

Beispiel:

Eine sogenannte „Skillsdatenbank" wird dergestalt betrieben, dass AN des Bereichs „Projektmanagement" ihre Daten durch eine webbasierte Applikation selbst eingeben. Dadurch können sowohl Projektchancen und konkrete Projekte als auch die Qualifikationen der weltweit tätigen Mitarbeiter konzernweit erfasst und schließlich Projekte und Mitarbeiter gegenübergestellt werden, sodass Mitarbeiter mit den entsprechenden freien Kapazitäten und Qualifikationen bestimmten Projekten zugeteilt werden können. Eine Zuteilung erfolgt entweder durch eine Bewerbung des AN für ein bestimmtes Projekt oder durch eine Anfrage des zuständigen Projektmanagers an den AN. Eingegebene Daten können durch die AN jederzeit selbst wieder gelöscht und geändert werden.

Die AN bestimmen sohin zwar selbst, welche Daten in die Datenbank aufgenommen werden und können diese auch wieder löschen oder ändern. Doch wird angesichts des Zwecks der Da-

121 Vgl ErwGr 42 DSGVO.

122 ZB *Goricnik,* wbl 2012, 307 f mwN; vgl *Arbeitsgruppe nach Art-29 DSRL,* Stellungnahme zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten v 13. 9. 2001, WP 48, 5062/01/DE/endg, 3 („Die Einwilligung der betroffenen Person sollte nur in den Fällen in Anspruch genommen werden, in denen der Beschäftigte eine echte Wahl hat und seine Einwilligung zu einem späteren Zeitpunkt widerrufen kann, ohne dass ihm daraus Nachteile erwachsen"). Vgl in diesem Sinne auch die *Arbeitsgruppe nach Art-29 DSRL,* Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679**,** zuletzt überarbeitet und angenommen am 10. 4. 2018**,** WP 259 rev.01, 8.

123 DSK 8. 3. 2006, K178.209/0006-DSK/2006.

> tenbank, nämlich dem Arbeitseinsatz der Mitarbeiter, davon auszugehen sein, dass eine faktische Notwendigkeit besteht, Eintragungen vorzunehmen, sodass von echter Freiwilligkeit nicht auszugehen ist. Folglich kann alleine die Tatsache, dass AN in eine vom AG zum Zwecke der Arbeitskoordinierung betriebenen Datenbank ihre Daten selbst eingeben und auch diese wieder zu ändern und zu löschen berechtigt sind, noch keine rechtswirksame datenschutzrechtliche Einwilligung begründen.

2.77 Die (ehemalige) DSK stellte bei der Frage der rechtlichen Beachtlichkeit der Zustimmung eines AN deshalb darauf ab, ob die Datenverwendung **(auch)** zum **erkennbaren Vorteil des zustimmenden AN** gereicht.[124]

2.78 Praktische Erwägungen dergestalt, dass die Möglichkeit der jederzeitigen Widerrufbarkeit einer Einwilligung zu einer „unsicheren" Legitimationsgrundlage bei einem „Zustimmungsmodell" im Arbeitsverhältnis führe,[125] berücksichtigen nicht die **soziologische Realität** im aufrechten Arbeitsverhältnis mit der idR vorliegenden wirtschaftlichen Unterlegenheitssituation des AN; gerade im Arbeitsverhältnis ist diese Widerrufbarkeit praktisch oft ein nudum ius, wird also idR nicht wahrgenommen. Das wiederum könnte natürlich dazu führen, die Freiwilligkeit der vorangegangenen Einwilligung in Zweifel zu ziehen.[126]

2.79 Wegen des erforderlichen Nachweises[127] ist jedenfalls idR die **Schriftlichkeit** der Einwilligung **zu empfehlen.** Art 9 Abs 2 lit a DSGVO verlangt für die Verarbeitung sensibler Daten jedenfalls eine „ausdrückliche" Einwilligung. Formvorgaben für die Einwilligung enthält die DSGVO aber nicht.

2.80 Die betroffene Person hat gem Art 7 Abs 3 DSGVO das **Recht,** ihre **Einwilligung jederzeit zu widerrufen.** Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person ist vor Abgabe der Einwilligung von dieser Möglichkeit in Kenntnis zu setzen **(„Widerrufshinweis").** Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.

2.81 Gem ErwGr 43 DSGVO gilt die Einwilligung **nicht** als **„freiwillig"** erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten **nicht gesondert eine Einwilligung** erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist (sogenanntes **„horizontales Koppelungsverbot"**), **oder** wenn die Erfüllung eines Vertrages, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese **Einwilligung für** die **Erfüllung nicht erforderlich** ist (sogenanntes **„vertikales Koppelungsverbot"**). Der diesem ErwGr 43 zugrunde liegende Art 7 Abs 4 DSGVO führt im letzteren Kontext aus, bei der Beurteilung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde, müsse dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob ua die Erfüllung eines Vertrages, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind. Die Einwil-

124 *Kotschy,* Datenschutz 3.
125 So *Hattenberger,* Datenschutzrecht 37 f.
126 Siehe ErwGr 42 DSGVO.
127 Siehe Art 7 Abs 1 DSGVO.

ligung für Verarbeitungen, die für die Erfüllung des Vertrages lediglich nützlich sind, darf – bei sonstiger Unwirksamkeit – daher nicht mit dem Abschluss oder der weiteren Aufrechthaltung des (Arbeits-)Vertrages verknüpft werden; der AN muss diesbezüglich vielmehr eine **freie Wahl** haben. Dieses **„Koppelungsverbot"** bedeutet, dass Einwilligungserklärungen (insb im Arbeitsverhältnis) als rechtssichere Grundlage einer Datenverarbeitung künftighin verstärkt in Zweifel zu ziehen sind, da bei einer unzulässigen Koppelung wohl von einer (zumindest teilweisen, siehe Art 7 Abs 2 DSGVO) Ungültigkeit der Einwilligung auszugehen ist.[128] Als entsprechende **Auslegungshilfe** könnte im ggst Zusammenhang der obgenannte Ansatz der (ehemaligen) DSK herangezogen werden, ob die Datenverwendung auch zum erkennbaren **Vorteil des zustimmenden AN** gereicht, was gegen eine „erzwungene" Datenverarbeitung spräche.

2.82 Sehr praxisrelevant ist der **„Übergangshinweis"** des **ErwGr 171,** demgemäß Verarbeitungen, die zum Zeitpunkt der Anwendung der DSGVO bereits begonnen haben, innerhalb von zwei Jahren nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung[129] mit ihr in Einklang gebracht werden sollten. Beruhen die Verarbeitungen auf einer Einwilligung gem der DSRL 95/46/EG, so sei es **nicht erforderlich,** dass die **betroffene Person erneut** ihre **Einwilligung** dazu **erteilt, wenn** die **Art** der bereits erteilten Einwilligung den **Bedingungen der DSGVO entspricht,** so dass der Verantwortliche die Verarbeitung nach dem Zeitpunkt der Anwendung der DSGVO fortsetzen könne. Entsprechend bestimmt die **Übergangsbestimmung** des **§ 69 Abs 9 S 2 DSG 2018,** dass **nach** dem **DSG 2000 erteilte Zustimmungen aufrecht bleiben,** sofern sie den Vorgaben der DSGVO entsprechen.[130]

2.83 Wenn auch die allgemeine Definition der Einwilligung in Art 4 Z 11 DSGVO gegenüber der bisherigen österreichischen Rechtslage (§ 4 Z 14 DSG 2000) präziser ist, enthält sie doch keine besonderen Abweichungen; eine nicht zu unterschätzende **neue Voraussetzung** für die Notwendigkeit der Freiwilligkeit der Einwilligung ist aber das obgenannte **„Koppelungsverbot":** So sind in Arbeitsverträgen vereinzelt auffindbare „Datenverarbeitungsklauseln" als vertragliche Nebenpunkte – selbst wenn sie nicht allgemein gehalten sind, dh sich auf konkrete Datenverarbeitungen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses beziehen – nur insoweit eine rechtmäßige Verarbeitungsgrundlage, als die vorgenommenen Datenverarbeitungen für die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses notwendig sind (zB die Lohnverrechnung, die Erfassung der Arbeitszeiten und Datenübermittlungen an die GKK und das Finanzamt); genau für diese Fallgruppen existieren aber sowieso spezielle datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände für die Verarbeitung,[131] sodass derartige **in Arbeitsverträgen enthaltene „Datenverarbeitungsklauseln"** entweder **unwirksam oder überflüssig** sind.

2.84 **Anders** zu betrachten sind hingegen **Einwilligungserklärungen** zu – auch nur nützlichen – Datenverarbeitungen, mit denen aber (auch) ein **Vorteil für** den **AN verbunden** ist (zB verhältnismäßige Kontrollen der Einhaltung der Modalitäten einer Privatnutzungsverein-

128 So auch *Kastelitz,* Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, in *Knyrim,* DS-GVO 110.

129 Das war gem Art 99 Abs 1 DSGVO der 24. 5. 2016.

130 Gem Änderung des DSG 2018 in der Fassung des Ausschussberichtes in der Plenarsitzung des NR (9824 BlgStProtBR).

131 Art 6 Abs 1 lit b und c sowie Art 9 Abs 2 lit b DSGVO.

barung des dienstlichen Internet), da der AN diesfalls eine freie Wahl hat, sich auf diese **zusätzliche Vereinbarung** einzulassen oder eben nicht (wenn auch um den „Preis" des Verlustes der Gestattung der Privatnutzung). Im Rahmen dieser zum Arbeitsvertrag hinzutretenden zusätzlichen Vereinbarungen wird das **„Zustimmungsmodell" im Arbeitsverhältnis** auch weiterhin von rechtlicher Relevanz sein können.[132]

2.85 Die **Zustimmung des BR** (in Form einer BV) kann die **Einwilligung** des betroffenen **AN** als datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für die Verwendung seiner Daten grds **nicht ersetzen,** da nur die Zustimmung des Betroffenen selbst zählt. Wohl aber kann die Zustimmung des BR eine **angemessene Garantie** dafür sein, dass in der konkreten Verwendungssituation die datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte **(iSe Verhältnismäßigkeit)** bestmöglich gewahrt werden.[133]

2.86 Künftighin könnte natürlich gefragt werden, ob mit der Funktion einer **„europarechtlich qualifizierten" BV** oder einzelner ihrer Bestimmungen, die explizit „europarechtlich qualifiziert" werden, indem sie sich ausdrücklich auf Art 88 Abs 1 DSGVO berufen, als **Erlaubnistatbestand** einer **Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext** iSd DSGVO[134] nicht doch Zustimmungspflichten einzelner AN beseitigt werden könnten, so zB aus nationalen Standards zum Persönlichkeitsschutz (insb § 16 ABGB) abgeleitete Zustimmungspflichtigkeiten. Das wird hier bejaht,[135] zumal nicht übersehen werden darf, dass die gegenständliche Öffnungsklausel in ihrem Abs 1 auch auf die „Freiheiten" der Datenverarbeitung Bedacht nimmt. Wenn wohl auch weiterhin **keine vollständige Ersetzung** einer **datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung** eines betroffenen AN **durch** die **Zustimmung des BR** (in Form einer entsprechenden Klausel in einer BV) in Betracht kommen wird,[136] wäre es sicherlich sachgerecht und zulässig, dass der BR mit einer entsprechend „europarechtlich qualifizierten" Klausel in einer materienspezifischen **BV** präzisierend **Konkludenzmaßstäbe für** eine **datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung** des AN **vorgibt** bzw herabsetzt,[137] ganz nach der **„Formel":** BR-Zustimmung (in der Form einer BV) + Erfüllung des (von der sich in diesem Punkt ausdrücklich auf Art 88 Abs 1 DSGVO bzw Art 9 Abs 2 lit b DSGVO berufenden BV vorgegebenen) Konkludenzmaßstabes eines AN-Verhaltens = ausreichende Einwilligungserklärung des AN iSd DSGVO.

> **Beispiel:**
>
> In einer BV (auch) über die erlaubte Privatnutzung des Internet und seiner Dienste werden stichprobenweise Kontrollen von Verkehrsdaten durch den AG zur Überprüfung der Einhaltung des Nutzungsreglements für zulässig erklärt. Zur Vermeidung eines bürokratischen Mehraufwandes wird zusätzlich unter Berufung auf die Inanspruchnahme der Öffnungsklausel des Art 88 Abs 1 DSGVO bzw Art 9 Abs 2 lit b DSGVO in einer Klausel der BV niedergeschrieben

132 So schon *Goricnik,* Dako 2017/33, 56.
133 *Kotschy,* Datenschutz 3.
134 Dazu im Folgenden näher Rz 2.111 ff.
135 So schon *Goricnik,* DRdA-infas 2017, 57 f zu **persönlichkeitsrechtlichen Zustimmungserklärungen** einzelner betroffener AN.
136 ErwGr 155 spricht von der „Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten".
137 Umgekehrt könnte der BR insoferne natürlich auch **Verschärfungen,** zB ein entsprechendes Schriftlichkeitserfordernis, aufstellen.

> und sohin ausdrücklich vereinbart, dass der AN, der von einer entsprechenden Privatnutzung Gebrauch macht, mit diesen Kontrollen einverstanden ist. Egal, ob das Internet und seine Dienste in der Folge dienstlich oder privat genutzt werden, bedarf der AG damit keiner gesonderten Einwilligungserklärung betroffener AN in entsprechende Kontrollen (auch der Privatnutzung) mehr. Das dient auch der Rechtssicherheit, da es bei der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener („sensibler") Daten gem Art 9 Abs 2 lit a DSGVO ansonsten sogar einer ausdrücklichen Einwilligung bedürfte.[138]

2.87 Im gegenständlichen Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber natürlich darauf zu verweisen, dass eine (gesamthaft) „europarechtlich qualifizierte" **BV** – egal, ob sie sich auf Art 88 Abs 1 oder Art 9 Abs 2 lit b DSGVO stützt – darüber hinaus eine konkrete **Datenverarbeitung** im Beschäftigungskontext **datenschutzrechtlich sowieso endgültig legitimieren könnte,** wenn sie denn die inhaltlichen Anforderungen gem Art 88 Abs 2 DSGVO erfüllt bzw die Garantien gem Art 9 Abs 2 lit b DSGVO vorsieht. Einer **Einwilligungskonstruktion bedürfte** es dann **gar nicht mehr,** wenn ein BR besteht, der eine entsprechende BV abzuschließen gewillt ist.[139] In BR-losen Betrieben müsste sich der AG demgegenüber aber eben mit einer Einwilligung der betroffenen AN in die beabsichtigte Datenverarbeitung behelfen oder mit den (sonstigen) allgemeinen Erlaubnistatbeständen des Art 6 Abs 1 DSGVO begnügen bzw eine ausreichende gesetzlich-arbeitsrechtliche Rechtsvorschrift iSd Art 9 Abs 2 lit b DSGVO ausfindig machen.

d) Besondere Kategorien personenbezogener Daten (früher: „Sensible Daten") (Art 9 DSGVO)

2.88 **Personenbezogene Daten,** die ihrem **Wesen nach hinsichtlich** der **Grundrechte und Grundfreiheiten besonders sensibel** sind, verdienen einen **besonderen Schutz,** da iZm ihrer Verarbeitung erhebliche Risiken für die Grundrechte und Grundfreiheiten auftreten können.[140] Im Gegensatz zu nicht-sensiblen Daten legt die DSGVO hier **abschließend zehn** genau ausformulierte **Erlaubnistatbestände,** bei deren Vorliegen sensible Daten verwendet werden dürfen, fest (neuer Terminus: **„Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten"**).[141]

2.89 So ist die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die **rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen** oder die **Gewerkschaftszugehörigkeit** hervorgehen, sowie die Verarbeitung von **genetischen Daten, biometrischen Daten** zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, **Gesundheitsdaten** oder **Daten zum Sexualleben** oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person grds untersagt.

2.90 Ein Rückgriff auf Rechtmäßigkeitsgründe allgemeiner Art (insb Art 6 Abs 1 lit c DSGVO) oder auf den Erlaubnistatbestand „Vertragserfüllung" wie bei nicht-sensiblen Daten ist nicht möglich. Wie auch schon ehedem im Geltungsbereich des § 9 DSG 2000

138 Vgl in diesem Kontext schon *Goricnik,* jusIT 2009, 172.

139 So auch *Pachinger/Heinrich,* Dako 2018, 63

140 ErwGr 51 DSGVO.

141 Art 9 DSGVO spricht nunmehr zwar von einer „besonderen Datenkategorie", da diese Begrifflichkeit aber inhaltlich eher nichtssagend ist, wird idR der ehemalige aussagekräftigere Terminus „sensible" Daten beibehalten, zumal ihn selbst ErwGr 51 weiter verwendet.