

## **Votum Separatum Dr. Hans G. Zeger vom 6. November 2007**

betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsmarktservicegesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und das Nachtschwerarbeitsgesetz geändert wird (kurz: Änderungsgesetze zu Arbeitslosenverwaltung 2007)

### Allgemeiner Teil

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat den Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsmarktservicegesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und das Nachtschwerarbeitsgesetz geändert werden, zur Begutachtung vorgelegt.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht relevant ist dazu die geplante Bestimmung des § 25 AMSG, welche die Ermittlung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch das Arbeitsmarktservice regelt.

Der geplante Gesetzesentwurf fällt in eine Zeit, in welcher sich die Beschwerden über den Umgang, welchen das Arbeitsmarktservice im Zusammenhang mit der Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben mit den persönlichen Daten von betroffenen Jobsuchenden an den Tag legt, häufen.

Ein besonderes Problem stellt dabei dar, dass das Arbeitsmarktservice Teile seiner arbeitsmarktbezogenen Verpflichtungen - etwa Schulungen - nicht selbst wahrnimmt, sondern an privatrechtlich organisierte Dienstleistungsanbieter auslagert, um von diesen die entsprechenden Maßnahmen durchführen zu lassen. Somit werden verschiedene Daten von Betroffenen nicht nur innerhalb des AMS verarbeitet, sondern - ohne Einwilligung und Information der Betroffenen - auch an private Dritte weitergegeben, was bei Betroffenen schon bislang häufig für Unmut gesorgt hat. Insbesondere deswegen, weil bei diesen AMS-"Partnerunternehmen" immer wieder fahrlässig und sorglos mit Daten umgegangen wurde.

Wie die Erfahrung gezeigt hat, gibt das AMS an diese privaten Dienstleister in der Regel sämtliche Daten weiter, die es über die Betroffenen selbst verarbeitet, und nicht nur die für die Erfüllung einer übertragenen Aufgabe unbedingt erforderlichen Daten. Es erfolgt somit laufend eine Verletzung Minimalitätsgebotes gem. §1 DSGVO durch das AMS. Somit gelangen Privatunternehmen in großem Umfang zu zum Teil sensiblen Daten.

Wenn bislang datenschutzrechtliche Sachverhalte betreffend das Arbeitsmarktservice bei Behörden anhängig gemacht wurden, waren die Ergebnisse im Sinne des Datenschutzes wenig erfreulich. Als Beispiel kann dafür die Entscheidung der *DSK K121.102/0012-DSK 2006* vom 9.8.2006 genannt werden, mit welcher über die Rechtmäßigkeit der Weitergabe einer psychiatrischen Diagnose eines Betroffenen an einen privaten Dienstleister entschieden wurde. Sinngemäß und entgegen den gesetzlichen Bestimmungen des Arbeitsmarktservicegesetz wurde hier judiziert, dass die Weitergabe von personenbezogenen Daten durch das AMS an private Dienstleister aus der Arbeitsvermittlungsbranche trotz gegenteiligen Gesetzeswortlauts keine "Übermittlung"

sondern eine "Überlassung" von Daten sei und die entsprechende Datenweitergabe daher nicht den gesetzlichen Anforderungen nach den §§ 7 und 8 DSG 2000 genügen müsse.

Ergebnis der damaligen Entscheidung: Das AMS darf nach Lesart der DSK offenbar sämtliche Daten des Betroffenen, die es selbst verarbeitet, auch an private Dienstleister weitergeben, wenn diese auch nur Teilaufgaben des AMS erledigen. Eine spezielle Überprüfung, ob dies im Einzelfall unbedingt nötig ist, wie es das Arbeitsmarktservicegesetz eigentlich vorsehen würde, entfällt.

Diese Problematik wird auch angesichts des nunmehr vorliegenden Entwurfs wieder offensichtlich. Die geplanten Regelungen enthalten eine massive Ausweitung der Kompetenzen des AMS zur Verarbeitung personenbezogener Daten, dies nicht nur hinsichtlich der Daten unmittelbar Betroffener, sondern auch in Bezug auf deren persönlichen Lebensbereich. Die entsprechenden Daten betreffen teilweise den engsten Lebensbereich Betroffener, dies vor allem hinsichtlich gesundheitlicher Daten, Einkommensdaten und aller Arten persönlicher Einschränkungen bei der Berufsmöglichkeit. Es ist wohl keineswegs übertrieben, wenn man festhält, dass der Gesetzgeber durch den vorliegenden Entwurf dem AMS eine Generalermächtigung zur umfassenden Durchleuchtung des persönlichsten Lebensbereichs Betroffener erteilt.

Die entsprechende Ermächtigung wird dabei durch gesetzliche Schranken kaum beeinträchtigt, vor allem das Fehlen einer klaren, gesetzlichen Zweckbindung muss beanstandet werden.

Aufgrund des vorliegenden Entwurfes ist es dem AMS auch weiterhin gestattet, zentrale Tätigkeitsbereiche an Private auszulagern und diese mit umfassenden Datensammlungen aus dem persönlichen Bereich Betroffener zu versorgen, welche zuvor im Rahmen „Generalkompetenz“ im Sinne der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben erhoben wurden.

Zu befürchten ist daher aufgrund des vorliegenden Entwurfs zum § 25 AMMSG folgendes: Da die Ermächtigung zur Erhebung persönlicher Daten kaum Beschränkungen unterliegt, wird das Arbeitsmarktservice im großem Umfang davon Gebrauch machen. Da zentrale Aufgaben des AMS an Private ausgelagert werden, werden diese mit Sicherheit auch in Besitz von sensiblen Daten - etwa Gesundheitsdaten - von Betroffenen und deren Angehörigen gelangen. Bedenklich ist dabei vor allem auch, dass dieselben privaten Anbieter, welche für das AMS tätig sind, häufig auch Dienstleistungen für Arbeitgeber erbringen. Für die Arbeitgeberseite stellen allerdings wiederum die personenbezogenen Daten potentieller Jobkandidaten ein äußerst wertvolles Datenreservoir dar.

**Sowohl der vorliegende Gesetzesentwurf, als auch der - bloß kosmetisch nachgebesserte - Entwurf im Rahmen des Ministervortrags, der die umfassende Erhebung personenbezogener Daten - dies ohne sachliche Notwendigkeit- sowie die Weitergabe an Private ohne wesentliche Einschränkungen vorsieht, lädt daher zum Missbrauch geradezu ein.**

## Besonderer Teil

### 1 Ausweitung der verarbeiteten Datenarten in § 25 Z 1 AMSG:

#### 1.2. Unklare Zweckbestimmung hinsichtlich der verarbeiteten, personenbezogenen Daten

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die geplante Bestimmung bezüglich der einzelnen erhobenen Datenarten keine klare Zweckbestimmung vorgibt. Hinsichtlich sämtlicher, genannter personenbezogener Daten wird die Ermächtigung zur Verarbeitung lediglich davon abhängig gemacht, dass die jeweilige Verarbeitung eine wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des AMS ist.

Betrachtet man diese Zweckbestimmung genauer, ist evident, dass diese sich in zweifacher Hinsicht als überaus undeutlich erweist:

Es ist nicht abzugrenzen, wann die Verarbeitung entsprechender Daten zur „wesentlichen Voraussetzung“ für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des AMS wird. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass auch die gesetzlichen Aufgaben des Arbeitsmarktservice selbst im AMSG nur überaus vage und undeutlich formuliert sind: In § 4 Abs 2 AMSG sind zwar verschiedene Aufgabenbereiche des Arbeitsmarktservice genannt, dies allerdings nur beispielhaft und nicht in abschließend aufgezählter Form, was durch die einleitende Bezeichnung „insbesondere“ deutlich wird. Auch die allgemeine Zielbestimmung hinsichtlich des Arbeitsmarktservice in § 28 AMSG bleibt unklar.

Festzuhalten ist, dass der vorliegende Gesetzesentwurf zu § 25 AMSG die Frage der datenschutzrechtlichen Zweckbindung unzureichend gelöst hat. Gefordert wird daher hinsichtlich der gesamten festgelegten Datenverarbeitungen eine klarere Zweckbindung dahingehend, dass schon aus dem Gesetzestext heraus deutlich wird, für welche exakt definierten Zwecke die jeweiligen Datenarten erhoben und verarbeitet werden sollen.

#### 1.2. Verarbeitung von Telefonnummer, e-mail-Adresse und Bankverbindung im Rahmen der Stammdaten

Zu kritisieren ist, dass sich die entsprechende Bestimmung auf „Verarbeiten von Daten bezieht“, worunter nach § 4 Z 9 DSG 2000 etwa auch die Überlassung entsprechender Daten an Dienstleister zu verstehen ist. **Eine Weitergabe von persönlichen Kontaktdaten – wie Telefonnummer und e-mail, sowie von Bankverbindungsdaten an externe Dienstleister sollte jedenfalls nicht als Automatismus vorgesehen, sondern an die Einwilligung Betroffener geknüpft sein.**

#### 1.3. Verarbeitung von Daten hinsichtlich Beruf und Ausbildung von Betroffenen

Es ist darauf hinzuweisen, dass die entsprechende Bestimmung jedenfalls eine starke Ausweitung der Ermächtigung zur Datenverarbeitung im Vergleich zur bisherigen Gesetzeslage darstellt.

In Bezug auf die Verarbeitung „bisheriger beruflicher Tätigkeiten“ ist zu hinterfragen, ob im Rahmen dieser Verarbeitung auch Arbeitstätigkeiten im Rahmen eines Strafvollzugs gem. §

44 StVG einbezogen werden sollen. Dies wäre vor allem hinsichtlich der geplanten Datenweitergabe an private Dienstleister bedenklich.

Undeutlich und unklar sind jedenfalls die in den Punkten d und e definierten Datenarten „beruflich verwertbare Fähigkeiten und Fertigkeiten“ sowie „sonstige Umstände, welche die berufliche Verwendung berühren“ definiert. Besonders hinsichtlich des zweiten Punktes ist völlig unklar, welche Informationen unter diesen Punkt subsumiert und verarbeitet werden sollen. Die Bezeichnung „persönliche Umstände“ weist jedenfalls auf einen weitgehenden Eingriff in den persönlichen und privaten Bereich Betroffener hin, dass von diesem Gesetzesbegriff auch sensible Daten- etwa betreffend die Gesundheit des Betroffenen oder die Gesundheit von Angehörigen (Pflegeleistungen!) – umfasst sein sollen, ist zumindest nahe liegend.

Zusammenzufassen ist, dass der Gesetzgeber mit der Verwendung derart ungenauer und unklarer Gesetzesbegriffe dem Arbeitsmarktservice mit einer Art von Generalklausel eine Kompetenz zur Verarbeitung von Daten aus dem persönlichen Bereich Betroffener gibt, dies ohne klare Schranken und gesetzmäßige Zweckbindung.

### 1.3. Verarbeitung von Daten hinsichtlich wirtschaftlicher und sozialer Rahmenbedingungen

Auch bezüglich der unter dieser Kategorie aufgeführten Datenarten ist abermals zu kritisieren, dass der Gesetzgeber hier eine umfassende Durchleuchtung des privaten und familiären Bereiches von Betroffenen vorsieht, dies ohne gesetzliche Einschränkungen und klare Zweckbindung. Besonders zu kritisieren ist hinsichtlich der in dieser Kategorie verarbeiteten Daten, dass der Gesetzgeber hier nicht ausschließlich auf personenbezogene Daten tatsächlich im Sinne des AMMSG Betroffener abstellt, sondern auch die Daten von Familienangehörigen des Betroffenen in die Verarbeitung einbezieht, dies ohne Erfordernis der Einwilligung.

Insbesondere fragwürdig ist, dass das Arbeitsmarktservice ermächtigt wird, das Einkommen von Lebenspartnern Betroffener zu verarbeiten. Es ist nicht einsichtig, wie weit das Einkommen von Lebenspartnern für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Arbeitsmarktservice von Bedeutung ist, da die durch das Arbeitsmarktservice durchgeführten Leistungen Versicherungsleistungen sind, deren Gewährungsanspruch - anders als etwa bei der Sozialhilfe - unabhängig vom Partnereinkommen besteht.

### 1.4. Gesundheitsdaten

Bezüglich der unter dieser Datenkategorie zur Verarbeitung vorgesehenen, personenbezogenen Daten ist abermals zu kritisieren, dass keine klare Einschränkung oder gesetzliche Zweckbindung erfolgt. Unter den Begriff „gesundheitliche Einschränkungen, die die Arbeitsfähigkeit oder die Verfügbarkeit in Frage stellen oder die berufliche Verwendung berühren“ lässt sich wohl jegliches gesundheitsbezogene Datum subsumieren, da gesundheitliche Faktoren auf die berufliche Verwendbarkeit fast immer eine Auswirkung haben.

Jedenfalls aus datenschutzrechtlicher Sicht unerträglich und in keiner Weise notwendig ist die Verarbeitung gesundheitsbezogener Daten von „Angehörigen“ bzw. des Lebenspartners des Betroffenen. Der Begriff des „Angehörigen“ ist im AMMSG nicht

begriffsdefiniert, es ist daher nicht erkennbar, welche Personengruppen unter eine entsprechende Verarbeitung fallen sollen.

Weiters ist aufgrund der gesetzlich definierten Aufgaben des Arbeitsmarktservice nicht einsichtig, warum die Verarbeitung von Gesundheitsdaten von Betroffenen zu deren Erfüllung notwendig sein sollte. Die Aufnahme von gesundheitsbezogenen Daten von – nicht näher abgegrenzten- Angehörigen in die Datenverarbeitung des AMS – dies ohne deren Einwilligung- ist aus datenschutzrechtlicher Sicht jedenfalls abzulehnen und widerspricht sowohl § 1 DSG 2000 als auch den Bestimmungen der EU-Datenschutzrichtlinie.

#### 1.5. Daten über Beschäftigungsverläufe, Arbeitssuche und Betreuungsverläufe

Aufgrund der vorgesehenen Bestimmung ist unklar, ob in dieser Kategorie nur die personenbezogenen Daten des Betroffenen oder auch von dessen Familienangehörigen verarbeitet werden sollen. Falls die jeweils verarbeiteten Daten nur den Betroffenen selbst betreffen sollen, sollte dies gesetzlich klargestellt und definiert werden.

Bezüglich der geplanten Datenkategorien „Umstände der Auflösung von Arbeitsverhältnissen“ sowie „Umstände des Nicht zustandekommens von Arbeitsverhältnissen“ ist festzuhalten, dass es sich bei derartigen Daten letztendlich um Informationen mit höchst subjektivem und stark interpretativem Charakter handelt. Aus welchen Gründen ein Arbeitsverhältnis gelöst wurde bzw. erst gar nicht zustande gekommen ist, wird naturgemäß durch die daran Beteiligten durchaus unterschiedlich bewertet.

Es ist nicht ersichtlich, welcher Zweck mit der Verarbeitung von derartigen- letztendlich stark interpretativ ausgerichteten- Informationen verfolgt werden soll. Notwendig ist jedenfalls, falls man derartige Informationen zur gesetzlichen Zweckerfüllung heranziehen möchte, nicht nur die Sicht des (potentiellen) Arbeitgebers zu berücksichtigen, sondern auch dem jeweiligen Betroffenen Möglichkeit zu geben, im Rahmen der geplanten Datenverarbeitung seine Sichtweise ausreichend darzustellen.

#### 1.6. Daten über Beschäftigungs- und Personalsuchverhalten von Arbeitgebern

Bezüglich der geplanten Datenkategorien „Umstände der (geplanten oder erfolgten) Auflösung von Arbeitsverhältnissen“ sowie „Umstände des Zustandekommens oder Nichtzustandekommens von Arbeitsverhältnissen“ gilt das zu dem letzten Punkt hinsichtlich des Arbeitnehmers ausgeführte sinngemäß. Es ist nochmals zu betonen, dass es sich bei derartigen Daten um Informationen mit höchst subjektivem und stark interpretativen Charakter handelt. Zu befürchten ist jedenfalls, dass derartige Verarbeitungen leicht dazu führen können, dass das Arbeitsmarktservice im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgabenerfüllung zu Fehlschlüssen neigt bzw. am Arbeitsmarkt Teilnehmende- sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer- anhand bestehender Informationen vorab in einer bestimmten Richtung qualifiziert.

## 2. Datenübermittlungen

### 2.1. Allgemeines

Bezüglich der im vorliegenden Gesetzesentwurf vorgesehenen Ermächtigungen zur Datenweitergabe sind vor allem zwei Umstände zu kritisieren: Einerseits setzt sich das bereits in den unter Punkt 1 kritisierte Prinzip der mangelhaft berücksichtigten Zweckbindung fort. Es ist abermals nicht klar definiert, für welche genauen Zwecke entsprechende Weitergaben personenbezogener Daten gesetzmäßig sind, abermals wird wiederum generalklauselartig auf Begriffe wie „wesentliche Voraussetzung“ bzw. „unabdingbare Voraussetzung“ zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben abgestellt.

Darüber hinaus wird- wie im allgemeinen Teil bereits dargestellt- die Datenweitergabe an externe Dienstleister als „Überlassung“ begriffsdefiniert, wodurch diese Weitergabe- zumindest nach Auffassung des Gesetzgebers- nicht den gesetzlichen Erfordernissen der rechtmäßigen Datenübermittlung entsprechen müssen. Ein derartiges Vorgehen ist jedenfalls abzulehnen.

### 2.2. Weitergabe von Daten an private Dienstleister

Die in Abs. 2 (ursprünglicher Entwurf) / Abs. 4,5 (Ministerratsvorlage) vorgesehene Weitergabe an Einrichtungen, denen Aufgaben des Arbeitsmarktservice übertragen sind, bedeutet letztendlich, dass vorgesehen ist, an private Dienstleister umfangreiche Daten von Betroffenen zu übermitteln. Zu kritisieren ist abermals die mangelnde Zweckbindung.

Davon abgesehen ist jedenfalls überaus bedenklich, dass der Gesetzgeber versucht, durch den Begriff „Überlassen von Daten“ hinsichtlich der Weitergabe an private Dienstleister die Bestimmungen des DSG 2000 hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit von Datenübermittlungen zu umgehen. Es muss in diesem Zusammenhang jedenfalls festgehalten werden, dass jene Einrichtungen, welche als private Dienstleister im Rahmen des Arbeitsmarktservice tätig werden, keine „Dienstleister“ im Sinne des DSG 2000 sind. Die entsprechenden Einrichtungen werden zwar für das AMS tätig, die Entscheidung zur Datenverarbeitung in ihrem eigenen Bereich wird durch derartige Institutionen aber jedenfalls mitgetroffen, weshalb derartige Einrichtungen sehr wohl „Auftraggeber“ im Sinne des DSG 2000 sind. Eine Weitergabe von Daten hat somit den gesetzlichen Erfordernissen der „Datenübermittlung“ zu genügen.

Hintergrund für die nunmehr vorgesehene, gesetzliche Regelung ist jedenfalls, dass im Rahmen der eingangs bereits zitierten Entscheidung DSK K121.102/0012-DSK 2006 vom 9.8.2006 Behörden bereits mit einem Fall konfrontiert waren, in welchem sensible Daten an einen privaten Dienstleister weitergegeben wurden und den Voraussetzungen des DSG 2000 hinsichtlich der Übermittlung sensibler Daten offenkundig nicht entsprochen wurde. Die DSK hat sich mit ihrer Entscheidung zu Gunsten des AMS damals damit beholfen, eine Art Fehler des Gesetzgebers bei Inkrafttreten des DSG 2000 anzunehmen, der die entsprechenden Bestimmungen des AMSG nicht in eine „Überlassung von Daten“ an einen Dienstleister umgewandelt habe.

Richtig ist hingegen, dass derartige Datentransfers jedenfalls Datenübermittlungen an eigenständige Auftraggeber darstellen und die vorgesehene Bestimmung hinsichtlich des

Transfers sensibler Daten sowohl § 1 DSG 2000 als auch den Bestimmungen der EU-Datenschutzrichtlinie widerspricht.

### 2.3. Weitergabe von Daten an Arbeitgeber

Es ist auch hier nicht ausreichend klar definiert, für welche Zwecke entsprechende Weitergaben personenbezogener Daten gesetzmäßig sind. Eine klare Einschränkung sieht das Gesetz nur hinsichtlich Gesundheitsdaten vor

Die Voraussetzung, dass Daten „zur Beurteilung der beruflichen Eignung“ nötig sein müssen, stellt kaum eine gesetzliche Einschränkung dar, da aus Sicht des potentiellen Arbeitgebers vermutlich sämtliche Daten hinsichtlich des Betroffenen interessant sein können, um zu beurteilen, ob derjenige für eine entsprechende Stelle geeignet ist oder nicht.

Hier wäre somit jedenfalls eine weit klarere Einschränkung notwendig, welche Daten an potentielle Arbeitgeber übermittelt werden sollen.

### Resumee

Zusammenfassend bleiben somit folgende Hauptkritikpunkte am vorliegenden Gesetzesentwurf:

- ) massive inhaltliche Ausweitung der Ermächtigung zur Verarbeitung personenbezogener Daten ohne geeignete datenschutzrechtliche Zweckbindung
- ) Verarbeitung von Daten Dritter, bei welchen der entsprechende Zweck im Sinne des AMMSG nicht ersichtlich ist - etwa sensible Daten und Einkommensdaten von Familienangehörigen
- ) Überschüssende Ermächtigung zur Weitergabe der Daten an private Dienstleister ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Schranken des DSG 2000 und der EU-Datenschutzrichtlinie