

D. In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Zu Spruchpunkt 1:

§ 5 EpiG lautet auszugsweise samt Überschrift (Hervorhebung durch Datenschutzbehörde):

Erhebungen über das Auftreten einer Krankheit.

§ 5. (1) Über jede Anzeige sowie über jeden Verdacht des Auftretens einer anzeigepflichtigen Krankheit haben die zuständigen Behörden durch die ihnen zur Verfügung stehenden Ärzte unverzüglich die zur Feststellung der Krankheit und der Infektionsquelle erforderlichen Erhebungen und Untersuchungen einzuleiten. Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige sind verpflichtet, den zuständigen Behörden die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und sich den notwendigen ärztlichen Untersuchungen sowie der Entnahme von Untersuchungsmaterial zu unterziehen. Zum Zwecke der Feststellung von Krankheitskeimen sind hiebei nach Möglichkeit fachliche Untersuchungsanstalten in Anspruch zu nehmen.

[...]

(3) Auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörde sind alle Personen, wie insbesondere behandelnde Ärzte, Labors, Arbeitgeber, Familienangehörige und Personal von Gemeinschaftseinrichtungen, die zu den Erhebungen einen Beitrag leisten könnten, zur Auskunftserteilung verpflichtet.

[...]

§ 40 EpiG lautet auszugsweise (Hervorhebung durch Datenschutzbehörde):

Sonstige Übertretungen.

§ 40. Wer durch Handlungen oder Unterlassungen

a) den in den Bestimmungen der §§ 5, 8, 12, 13, 21 und 44 Abs. 2 enthaltenen Geboten und Verboten [...],

zuwiderhandelt [...],

macht sich, sofern die Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist, einer Verwaltungsübertretung schuldig und ist mit **Geldstrafe bis zu 1 450 Euro**, im Nichteinbringungsfall mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen.

Die Wiener Contact-Tracing Verordnung lautet auszugsweise:

Auf Grund des § 5 Abs. 3 Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 103/2020, wird verordnet:

§ 1. Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 sind für den Fall des Auftretens eines Verdachtsfalles von COVID-19 von folgenden Stellen nachstehende Auskünfte auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörde zu übermitteln:

[...]

2. Betriebsstätten:

[...]

e) bei Betriebsstätten der Gastronomie Kundinnen und Kunden:

- aa) Vorname
- bb) Name
- cc) Telefonnummer
- dd) E-Mail-Adresse
- ee) Tischnummer

§ 2. Die Daten gemäß § 1 dürfen von den in § 1 genannten Stellen ausschließlich zum Zwecke der Nachverfolgung der Kontakte bei Auftreten eines Verdachtsfalles von COVID-19 gespeichert und verarbeitet werden. Diese Daten sind 4 Wochen nach ihrer Aufnahme zu löschen.

§ 3. Diese Verordnung tritt mit 28. September 2020 in Kraft und mit Ablauf des 31. Dezember 2020 außer Kraft.

1. Allgemeines zum Recht auf Geheimhaltung

Das in § 1 DSG verankerte Grundrecht auf Datenschutz, nach dessen ersten Absatz jedermann, insbesondere im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, einen Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten hat, soweit daran ein schutzwürdiges Interesse besteht, beinhaltet den Schutz des Betroffenen vor der unrechtmäßigen Ermittlung seiner Daten und der Weitergabe der über ihn ermittelten Daten.

Die Anwendung von § 1 Abs. 1 DSG setzt u.a. voraus, dass es sich um personenbezogene Daten handelt.

Nach § 1 Abs. 2 DSG sind Beschränkungen des Geheimhaltungsanspruchs durch einen Verantwortlichen nur dann zulässig, wenn die Verwendung personenbezogener Daten im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt, bei überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen oder bei Vorhandensein einer qualifizierten gesetzlichen Grundlage.

Beschränkungen des § 1 Abs. 1 DSG ergeben sich aus Abs. 2 leg. cit., allerdings nicht aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Die DSGVO und insbesondere auch die darin verankerten Grundsätze sind jedoch nach Ansicht der Datenschutzbehörde zur Auslegung des Rechts auf Geheimhaltung jedenfalls zu berücksichtigen und sinngemäß heranzuziehen (vgl. den Bescheid vom 31. Oktober 2018, GZ: DSB--D123.076/0003-DSB/2018).

2. In der Sache

2.1. Zur Qualifikation der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers und zur Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung im vorliegenden Fall

Art. 9 Abs. 1 DSGVO definiert abschließend besondere Kategorien personenbezogener Daten („sensible Daten“). Soweit vorliegend relevant, fallen auch Gesundheitsdaten darunter. Die Verarbeitung dieser Datenkategorien ist ausschließlich auf Basis der in Art. 9 Abs. 2 DSGVO abschließend genannten Ausnahmegründe zulässig.

Gemäß Art. 4 Z 15 DSGVO sind Gesundheitsdaten *„personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen.“*

Bei Gesundheitsdaten handelt es sich im Lichte des Art. 9 Abs. 1 DSGVO zweifelsohne um besonders schutzwürdige Daten, wobei der Begriff im Sinne der Rsp. des EuGH weit auszulegen ist (vgl. zu Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 95/46 das Urteil des EuGH vom 6. November 2003, C-101/01, Rz 50). Erfasst sind gemäß Art. 4 Z 15 DSGVO in Zusammenschau mit ErwGr. 35 zweiter Satz DSGVO auch Nummern, Symbole oder Kennzeichen, die einer natürlichen Person zugeteilt wurden, um diese Person für gesundheitliche Zwecke eindeutig zu identifizieren.

Die Datenschutzbehörde vertritt in ihrer ständigen Rechtsprechung, dass aus Gesundheitsdaten jedenfalls Informationen über den früheren, gegenwärtigen und künftigen körperlichen oder geistigen Gesundheitszustand der betroffenen Person hervorgehen müssen. Unter Berücksichtigung dieser Überlegung sind Kennziffern iSv ErwGr. 35 zweiter Satz DSGVO nicht per se als Gesundheitsdatum zu qualifizieren, sondern muss auch im Hinblick auf solche Kennziffern ein gewisser Bezug zu Informationen über den Gesundheitszustand bestehen (vgl. in Bezug auf die Sozialversicherungsnummer etwa den Bescheid vom 9. April 2019, GZ: DSB-D123.526/0001-DSB/2019).

Bei den von der Beschwerdegegnerin verarbeiteten Daten des Beschwerdeführers (Vor- und Nachname, Telefonnummer) handelt es sich zweifelsfrei um dessen personenbezogene Daten.

Fraglich ist, ob es sich bei ihnen auch – unter den Umständen des vorliegenden Falls – um Gesundheitsdaten handelt.

Nach der Rechtsprechung der Datenschutzbehörden stellen die einer Person zugeordneten Kennziffern (wie bspw. die Sozialversicherungsnummer) dann kein Gesundheitsdatum dar, wenn sie als bloßer Identifikator und unabhängig von einem gesundheitlichen Kontext verwendet werden (vgl. zuletzt den Bescheid vom 5. November 2020, GZ: 2020-0.743.659).

Beschwerdegegenständlich wurden die Daten des Beschwerdeführers – wie auch die Beschwerdegegnerin ausdrücklich betont – ausschließlich zum Zweck des *„Schutz[es] von Leben und Gesundheit [der] Mitarbeiter und [der] Gäste [der Beschwerdegegnerin] im*

Zusammenhang mit dem Auftreten des Coronavirus bzw. der COVID-19-Epidemie“ sowie zum Zweck der „Unterstützung der Bezirksverwaltungsbehörde bei der Ermittlung von Kontaktpersonen bei Auftreten eines Infektionsfalles“ erhoben.

Daraus erhellt, dass die Datenermittlung in einem rein gesundheitlichen Kontext erfolgte und die erhobenen Daten auch ausschließlich in einem solchen genutzt werden sollen, nämlich einerseits, um andere zu schützen und andererseits, um diese Daten im Bedarfsfall der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde nach dem EpiG zu übermitteln.

Folglich sind die über den Beschwerdeführer verarbeiteten Daten, nämlich dessen Vor- und Nachname sowie dessen Telefonnummer, die losgelöst vom vorliegenden Kontext keine Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO darstellen würden, im beschwerdegegenständlichen Fall als Gesundheitsdaten und damit als besondere Kategorie personenbezogener Daten zu qualifizieren.

Die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung richtet sich daher nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO.

2.2. Zur Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung

a) Zur Freiwilligkeit

i) Die Beschwerdegegnerin stützt sich in ihrem Vorbringen u.a. auf die seitens des Beschwerdeführers erteilte freiwillige Einwilligung zur Datenverarbeitung.

Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten ist gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO dann zulässig, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten ausdrücklich eingewilligt hat.

Der Beschwerdeführer hat dem entgegengehalten, dass hinsichtlich der Zurverfügungstellung seiner Daten nicht von Freiwilligkeit gesprochen werden könne, da er sich bei der Erhebung seiner Daten in einer Zwangssituation befunden hätte. Einerseits aufgrund des am Eingangsbereich der Betriebsstätte situierten Hinweises auf die COVID-19-Gästeregistrierung sowie des in der Datenschutzerklärung der Beschwerdegegnerin enthaltenen Passus, wonach bei Weigerung der Zurverfügungstellung der Daten, der Zutritt ins Restaurant verweigert werden könne.

ii) Nach Ansicht der Datenschutzbehörde verfängt die Argumentation der Beschwerdegegnerin schon deshalb nicht, weil eine Einwilligung nach der Rechtsprechung des EuGH einer aktiven und unmissverständlichen („ohne jeden Zweifel“) Willenshandlung seitens des Betroffenen bedarf (vgl. zuletzt das Urteil vom 11.11.2020, C-61/19 mwN). Dies gilt umso mehr für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten, weil Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO – anders als Art. 6 Abs. 1 lit. a – eine ausdrückliche Einwilligung verlangt.

Gerade eine solche vermochte die Beschwerdegegnerin nicht nachzuweisen, obwohl sie die Pflicht dazu träre (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 iVm Art. 7 und 9 Abs. 1 lit. a DSGVO).

Darüber hinaus ist an eine Einwilligung ein strenger Maßstab anzulegen. Demnach hat eine Einwilligung freiwillig zu erfolgen und darf nicht an die Erfüllung eines Vertrages gekoppelt sein, obwohl die Einwilligung zur Erfüllung dieses Vertrags nicht erforderlich ist. Unfreiwillig ist eine Einwilligung dann, wenn bei Nichtabgabe der Einwilligung ein Nachteil zu erwarten ist (vgl. dazu den Bescheid vom 16.04.2019, GZ: DSB-D213.679/0003-DSB/2018, sowie nochmals das Urteil des EuGH vom 11.11.2020).

Nachdem bei Verweigerung der Zurverfügungstellung, wie von der Beschwerdegegnerin selbst vorgebracht, der Zutritt in die Betriebsstätte – unter Berufung auf das Hausrecht – verweigert werden kann und in der Datenschutzerklärung auf diesen Umstand hingewiesen wird, ist aus Sicht eines objektiven Durchschnittskunden bei Nichtabgabe der Einwilligung klar ein Nachteil zu erwarten gewesen.

Freiwilligkeit setzt darüber hinaus voraus, dass im Falle der Nichteinwilligung in die Datenverarbeitung dem Betroffenen eine zumutbare Alternative zur Verfügung steht (vgl. dazu den Bescheid vom 30.11.2018, GZ: DSB-D122.931/0003-DSB/2018).

Auch dies ist im vorliegenden Fall zu verneinen, weil andere Betriebsstätten der Gastronomie im Gemeindegebiet von Wien ebenso von der Wiener Contact-Tracing Verordnung erfasst sind und von diesen – voraussichtlich – gleichermaßen personenbezogene Daten des Beschwerdeführers erhoben würden.

Die Datenverarbeitung kann somit nicht auf Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO gestützt werden.

b) Zum Vorliegen einer gesetzlichen Verpflichtung zur Erhebung bzw. Verarbeitung von Kundendaten

i) Die Beschwerdegegnerin stützt sich auf den – hier allein nicht einschlägigen – Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO und bringt vor, sie wäre gemäß § 5 Abs. 3 EpiG iVm § 1 Abs. 2 lit. e der Wiener Contact Tracing-Verordnung zur Verarbeitung und Speicherung der Daten des Beschwerdeführers für 4 Wochen gesetzlich verpflichtet.

Der Beschwerdeführer bestritt das Vorliegen einer rechtlichen Verpflichtung und führte aus, dass sich aus § 5 Abs. 3 EpiG und der Wiener Contact-Tracing Verordnung lediglich die Pflicht der Beschwerdegegnerin zur Auskunftserteilung gegenüber der Bezirksverwaltungsbehörde ableiten lasse, nicht jedoch zur Erhebung der Kundendaten.

ii) Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung ist – soweit für den vorliegenden Fall relevant – gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO u.a. dann zulässig, wenn die Verarbeitung aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit, wie dem Schutz vor schwerwiegenden

grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren, auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats, das angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person vorsieht, erforderlich ist.

Es ist daher festzuhalten, dass die (verpflichtende) Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Kontaktnachverfolgung Deckung in der DSGVO findet, sofern eine ausreichend präzise und den Anforderungen des Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO entsprechende Rechtsgrundlage im österreichischen Recht vorhanden ist. In diesem Zusammenhang ist auf den Ministerialentwurf für eine Novelle des EpiG (41/ME XXVII. GP) hinzuweisen, wo eine (freiwillige) Datenerhebung für Zwecke der Kontaktnachverfolgung vorgesehen war (Art. 1 Z 4 des Entwurfes), vom Gesetzgeber letztlich aber nicht beschlossen wurde:

„4. Dem § 5 Abs. 5 wird folgender Abs. 6 angefügt:

(6) Betriebe, Veranstalter und Vereine sind – unbeschadet nach anderen Rechtsgrundlagen bestehender Erhebungs- und Aufbewahrungspflichten – verpflichtet, personenbezogene Kontaktdaten von Gästen, Besuchern, Kunden und Mitarbeitern, in deren Verarbeitung ausdrücklich eingewilligt wurde, zum Zweck der Erfüllung der Mitwirkungspflicht im Rahmen der Erhebung von Kontaktpersonen bei Umgebungsuntersuchungen für die Dauer von 28 Tagen aufzubewahren. Eine Verarbeitung der Daten zu anderen Zwecken ist nicht zulässig. Nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist sind die Daten unverzüglich zu löschen. Betriebe, Veranstalter und Vereine haben geeignete Datensicherheitsmaßnahmen zu ergreifen.“

Wie bereits ausgeführt, könnte aber auch eine verpflichtende Datenerhebung Deckung in der DSGVO finden (siehe dazu die zum genannten Ministerialentwurf ergangene Stellungnahme der Datenschutzbehörde, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/SNME/SNME_00951/imfname_816332.pdf).

Fraglich ist allerdings, ob § 5 Abs. 3 EpiG iVm der Wiener Contact-Tracing Verordnung als Rechtsgrundlage im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO herangezogen werden kann.

Aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 EpiG ergibt sich zunächst, dass auf deren Verlangen alle Personen, die zu den Erhebungen über das Auftreten einer Krankheit einen Beitrag leisten könnten, zur Auskunftserteilung gegenüber der Bezirksverwaltungsbehörde verpflichtet sind.

Die auf Grund des § 5 Abs. 3 EpiG erlassene Wiener Contact-Tracing Verordnung konkretisiert diese Verpflichtung und legt in § 1 fest, dass *zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 [...] für den Fall des Auftretens eines Verdachtsfalles von COVID-19 von folgenden Stellen nachstehende Auskünfte auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörde zu übermitteln*“ sind.

Der Normtext des § 1 Z 1 und Z 2 der Wiener Contact-Tracing Verordnung enthält eine Enumeration der zur Auskunft verpflichteten Stellen und präzisiert sohin, wer unter „alle Personen, die zu den Erhebungen einen Beitrag leisten könnten“ iSd § 5 Abs. 3 EpiG zu verstehen ist. Ebenso wird in § 1 Z 1 und Z 2 der Wiener Contact-Tracing Verordnung der zwingende Inhalt einer solchen Auskunft determiniert. Demnach sind Betriebsstätten der Gastronomie im Falle des Auftretens eines Verdachtsfalles von COVID-19 auf Verlangen der

Bezirksverwaltungsbehörden verpflichtet, Auskunft über Vorname, Name, Telefonnummer, E-Mail-Adresse sowie Telefonnummer ihrer Kundinnen und Kunden zu erteilen.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH ist bei der Auslegung von Gesetzen der Wortinterpretation in Verbindung mit der grammatikalischen und der systematischen Auslegung der Vorrang einzuräumen sowie äußerste Zurückhaltung gegenüber der Anwendung sogenannter „korrigierender Auslegungsmethoden“ geboten (vgl. etwa VwGH 3.10.2018, Ro 2018/12/0014; 22.3.2019, Ra 2018/04/0089).

Nach dem Wortlaut der in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmungen (§ 5 Abs. 3 EpiG iVm § 1 Z 2 lit. e Wiener Contact-Tracing Verordnung) ist eine Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Kunden, die die Betriebsstätte eines Gastronomiebetriebs aufsuchen, jedoch nicht vorgesehen. Zwar normieren die Bestimmungen offenkundig eine Pflicht zur Auskunftserteilung gegenüber der Bezirksverwaltungsbehörde und legen diese Bestimmungen auch fest, welchen Inhalt (Daten) eine solche Auskunft zu enthalten hat, doch ist nach dem eindeutigen und klaren Wortlaut darin gerade keine Verpflichtung zur Erhebung und Verarbeitung dieser Daten zu erkennen.

Auch aus dem Wortlaut des § 2 der Wiener Contact-Tracing Verordnung, wonach Daten iSd § 1 von den in § 1 leg. cit. genannten Stellen verarbeitet und gespeichert werden dürfen, ist keine gesetzliche Verpflichtung zur Verarbeitung, sondern bloß ein rechtliches Können abzuleiten. Es ist nicht anzunehmen, dass der Verordnungsgeber unbewusst von dürfen spricht, sondern ist davon auszugehen, dass, sofern er eine gesetzliche Verpflichtung hätte normieren wollen, er dies ausdrücklich klargestellt hätte.

Gegen eine solche Auslegung könnte allerdings eingewendet werden, dass es Inhabern von Betriebsstätten der Gastronomie ohne vorherige Datenerhebung faktisch unmöglich wäre, der durch die Verordnung statuierten Auskunftspflicht zu entsprechen und ein Verstoß gegen § 5 EpiG gemäß § 40 lit. a EpiG eine strafbewehrte Verwaltungsübertretung begründet, die mit bis zu 1 450 Euro zu ahnden ist.

Allerdings kann es keine rechtliche Verpflichtung zur Leistung des faktisch Unmöglichen geben, weshalb sich die Auskunftspflicht daher nur auf solche Daten beziehen kann, die dem Inhaber einer Betriebsstätte der Gastronomie ohne besonderen Ermittlungsaufwand zur Verfügung stehen.

Es zeigt sich daher, dass das Vorliegen einer gesetzlichen Verpflichtung zur Verarbeitung der Daten des Beschwerdeführers - wie von der Beschwerdegegnerin vorgebracht - keinesfalls eindeutig aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 EpiG iVm der Wiener Contact-Tracing VO hervorgeht. Ebenso wenig kann aus der Auskunftspflicht gegenüber der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres im Umkehrschluss auf eine gesetzliche Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Erhebung und Verarbeitung bestimmter

personenbezogener Daten geschlossen werden. Die Pflicht zur Auskunftserteilung kann nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen nur für personenbezogene Daten gelten, die dem Inhaber einer Betriebsstätte der Gastronomie bekannt sind.

iii) Bereits aus diesem Grund scheidet eine Berufung der Beschwerdegegnerin auf eine ihr gesetzlich auferlegte Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten des Beschwerdeführers.

iv) Aber selbst für den Fall, dass man aus § 5 Abs. 3 EpiG iVm der Wiener Contact-Tracing Verordnung eine Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten iSd Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO ableiten wollte, könnte eine Datenverarbeitung nicht darauf gestützt werden:

c) Anforderung an Rechtsgrundlagen

i) Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH müssen Regelungen, die in die Rechte nach Art. 7 (Achtung des Privat und Familienlebens) oder Art. 8 (Schutz personenbezogener Daten) EU-GRC eingreifen, klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung dieser Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, sodass die Personen, deren personenbezogene Daten betroffen sind, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz ihrer Daten vor Missbrauch sowie vor jedem unberechtigten Zugang zu diesen Daten und jeder unberechtigten Nutzung, ermöglichen. Das Erfordernis solcher Garantien ist umso bedeutsamer, wenn die personenbezogenen Daten automatisch verarbeitet werden und eine erhebliche Gefahr des unberechtigten Zugangs zu ihnen besteht (vgl. EuGH vom 6. Oktober 2015, C-362-14, Rz. 91 mwN).

Diese Garantien sind umso wichtiger, wenn Daten automationsunterstützt verarbeitet werden und wenn es sich um sensible Daten handelt (vgl. EuGH vom 6. Oktober 2020, verb. Rs C-511/18, C-512/18 und C-520/18, Rz 132).

Bei den auf Basis von § 5 Abs. 3 EpiG iVm der Wiener Contact-Tracing Verordnung zu verarbeitenden Daten handelt es sich – wie oben näher ausgeführt – um Gesundheitsdaten nach Art. 4 Z 15 DSGVO.

Auch der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Qualität einer Eingriffsnorm im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG ist zu entnehmen, dass diese bestimmte Anforderungen zu erfüllen hat (vgl. dazu zuletzt die Erkenntnisse vom 11. Dezember 2019, G 72/2019 u.a, und vom 12. Dezember 2019, G 164/2019 u.a.).

Die Datenschutzbehörde stellt aber ausdrücklich klar, dass es weder ihre Aufgabe ist – und auch von ihrer Kompetenz nicht erfasst ist –, abschließend festzustellen, ob die verfahrensgegenständlichen Bestimmungen im Widerspruch zu § 1 Abs. 2 DSG bzw. Art. 8 EU-GRC stehen.

Allerdings ist die Datenschutzbehörde verpflichtet, innerstaatliche Regelungen, die in einem offenkundigen Widerspruch zum Unionsrecht stehen, im Konfliktfall unangewendet zu lassen.

Es gilt der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts gegenüber nationalem Recht (Anwendungsvorrang). Besondere Bedeutung hat dieser dort, wo unmittelbar anwendbares Unionsrecht – wie bspw. die DSGVO – auf entgegenstehendes nationales Recht trifft. Der Anwendungsvorrang bedeutet, dass im Konfliktfalle der Regel des (unmittelbar anwendbaren) Unionsrechts, nicht jener des österreichischen Rechts zu folgen ist (vgl. VfSlg. 15.448/1999, 19.661/2012 mwN; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ [2015] Rz 246/9).

Dieser Grundsatz ist von allen österreichischen Behörden zu beachten, sie haben das nationale Recht in solchen Fällen daher unangewendet zu lassen. Auf den Rang des österreichischen Rechts kommt es nicht an, Unionsrecht geht im Konfliktfall auch nationalem Verfassungsrecht vor (vgl. VfSlg. 15.427/1999; 17.347/2003; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ [2015] Rz 246/9).

Die Tragweite eines Eingriffs muss sich aus dem Normtext selbst zweifelsfrei ergeben. Wenn aber zur Sinnermittlung subtile datenschutzrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung und geradezu archivarischer Fleiß – v.a. durch intensives Studium von Gesetzesmaterialien und sonstigen Hilfsmitteln – von Nöten ist (vgl. dazu sinngemäß VfSlg. 12.420/1990), kann nicht gesagt werden, dass sich die Auswirkungen einer gesetzlich statuierten Datenverarbeitung einfach nachvollziehen lassen.

Die (einfache) Nachvollziehbarkeit ist aber wiederum Voraussetzung für Betroffene, sich der Tragweite eines Eingriffs bewusst zu werden und ihre Rechte in Anspruch nehmen zu können. Dies wird bereits in Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO festgelegt (Grundsatz der Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz).

Nach der Rechtsprechung des EuGH genügt es nicht, wenn eine Datenverarbeitung auf einen der in Art. 6 DSGVO – oder wie hier: Art. 9 Abs. 2 – abschließend genannten Rechtmäßigkeitstatbestände gestützt werden kann; es müssen zusätzlich alle Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 5 DSGVO eingehalten werden (vgl. noch zur Rechtslage nach der RL 95/46/EG das Urteil vom 11. Dezember 2019, C-708/18, Rz 36).

ii) Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies Folgendes:

Die in § 5 Abs. 3 EpiG iVm § 1 Abs. 2 lit. e der Wiener Contact-Tracing Verordnung normierte Datenverarbeitung für Inhaber von Betriebsstätten der Gastronomie enthält – wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt – weder klare noch präzise Regeln für die Tragweite und Anwendung dieser Maßnahme. Insbesondere sind für Betroffene die Umstände, wann es zu

einem Eingriff in das in § 1 DSG bzw. Art. 8 EU-GRC verfassungs- bzw. primärrechtlich gewährleistete Recht auf Datenschutz kommt und ob diese Daten zwingend bekannt zu geben sind (siehe dazu die obigen Ausführungen), nicht klar ersichtlich.

Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, der – insbesondere wenn es um die Verarbeitung sensibler Daten geht – an Regelungen, die in die Rechte nach Art. 7 (Achtung des Privat und Familienlebens) oder Art. 8 (Schutz personenbezogener Daten) EU-GRC eingreifen, klare und präzise Anforderungen für die Tragweite und die Anwendung dieser Maßnahme normiert, haben die Bestimmungen des § 5 Abs. 3 EpiG iVm der Wiener Contact-Tracing Verordnung auf Grund des Vorranges des Unionsrechts gegenständlich unangewendet zu bleiben, sodass eine Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten darauf nicht gestützt werden kann.

Die Beschwerde erweist sich daher auch aus diesem Blickwinkel als berechtigt.

d) Verletzung des Grundsatzes von „Treu und Glauben“

i) Die Beschwerde erweist sich jedoch auch aus weiteren folgenden Überlegungen als berechtigt:

Die Beschwerdegegnerin bringt vor, der Beschwerdeführer habe seine Daten freiwillig zur Verfügung gestellt. Wie in den Feststellungen in ihrer Datenschutzerklärung ersichtlich, verknüpft sie die Erhebung der Daten ihrer Kunden jedoch mit dem Zutritt zu ihrer Betriebsstätte bzw. führt sie darin aus, dass einem Kunden, der sich weigert seine Daten zur Verfügung zu stellen, der Zutritt verweigert werden kann. Zudem verweist sie in ihrer Datenschutzerklärung hinsichtlich der Rechtsgrundlage für die Verarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO iVm § 1 Z 2 lit. e der Wiener Contact-Tracing Verordnung.

ii) Wie bereits ausgeführt, genügt es nicht, dass eine Datenverarbeitung auf einen Erlaubnistatbestand gestützt werden kann, sondern muss diese auch allen Grundsätzen des Art. 5 DSGVO entsprechend erfolgen. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO müssen Daten nach Treu und Glauben in einer für den Betroffenen nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden.

Im Ergebnis erweist sich die Praxis der Beschwerdeführerin, sich hinsichtlich der Verarbeitung auf eine – unzureichende – gesetzliche Verpflichtung zur Verarbeitung zu berufen, die Erhebung jedoch gleichzeitig von der freiwilligen Angabe durch Ihre Kunden abhängig zu machen, als irreführend. Denn es wird beim Betroffenen auf diese Weise der Eindruck hervorgerufen, Kontrolle über die Verarbeitung ausüben zu können.

Insoweit hat die Beschwerdegegnerin gegen den Grundsatz des Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO („Treu und Glauben“) verstoßen und den Beschwerdeführer dadurch in seinem Recht auf Geheimhaltung gemäß § 1 DSG verletzt (vgl. dazu bereits oben; Bescheid DSB vom 31. Oktober 2018, GZ. DSB-D123.076/0003-DSB/2018).

4. Ergebnis

Die Beschwerde erweist sich daher, soweit eine Verletzung im Recht auf Geheimhaltung behauptet wird, weil die Beschwerdegegnerin Vor- und Nachname sowie Telefonnummer des Beschwerdeführers ohne Rechtsgrundlage ermittelt hat, als berechtigt, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Zu Spruchunkt 2:

Soweit sich die Beschwerde gegen die Verarbeitung anderer als der in der Auskunft angeführten Daten des Beschwerdeführers richtet, erweist sie sich mangels tatsächlicher Verarbeitung als unbegründet.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.