

GZ: D213.1020
2020-0.513.605

Arbeitsmarktservice Österreich

Treustraße 35-43
1200 Wien

Datenschutzüberprüfung gemäß Art. 58 Abs. 1 lit. b DSGVO („amtswegiges Prüfverfahren“)
Arbeitsmarktservice Österreich, Arbeitsmarktchancen Assistenz-System („AMAS“)

per RSb

B E S C H E I D

S P R U C H

Die Datenschutzbehörde entscheidet im Rahmen der Datenschutzüberprüfung gemäß Art. 58 Abs. 1 lit. b DSGVO gegen das Arbeitsmarktservice (Verantwortlicher) wie folgt:

1. Dem Verantwortlichen wird die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Ermittlung von Arbeitsmarktchancen von arbeitssuchenden Personen unter Zuhilfenahme des Arbeitsmarktchancen Assistenz-System („AMAS“) mit Wirkung vom 1. Jänner 2021 untersagt, sofern bis zu diesem Zeitpunkt keine geeignete Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung vorliegt.
2. Die aufschiebende Wirkung einer allfällig rechtzeitig eingebrachten und zulässigen Beschwerde nach Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG wird ausgeschlossen.

Rechtsgrundlagen: Art. 51 Abs. 1, Art. 57 Abs. 1 lit. a, lit. d, lit. h und lit. i, Art. 58 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. d und f sowie Art. 77 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung, im Folgenden: DSGVO), ABl. Nr. L 119 vom 4.5.2016 S. 1; §§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 sowie 18 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes (im Folgenden: DSG), BGBl. I Nr. 165/1999 idGF; § 1 Abs. 1 des Arbeitsmarktservicegesetzes (im Folgenden: AMSG), BGBl. Nr. 313/1994 idGF; § 13 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (im Folgenden: VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 idGF; § 2 Abs. 2

Z 1 der Verordnung der Datenschutzbehörde über Verarbeitungsvorgänge, für die eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist (im Folgenden: DSFA-V), BGBl. II Nr. 278/2018.

B E G R Ü N D U N G

A. Verfahrensgang und Vorbringen

1. Die Datenschutzbehörde leitete mit Erledigung vom 10. März 2020 eine Datenschutzüberprüfung gemäß Art. 58 Abs. 1 lit. b DSGVO („amtswegiges Prüfverfahren“) gegen das Arbeitsmarktservice als datenschutzrechtlicher Verantwortlicher gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO für die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Ermittlung von Arbeitsmarktchancen von arbeitssuchenden Personen mit Hilfe des Arbeitsmarktchancen Assistenz-System („AMAS“ bzw. auch bekannt als „AMS-Algorithmus“) ein.

Prüfgegenstand war die Zulässigkeit der genannten Datenverarbeitung gemäß Art. 5 ff DSGVO sowie die Umsetzung der damit verbundenen Pflichten eines Verantwortlichen gemäß Art. 13 DSGVO sowie Kapitel IV der DSGVO.

2. Der Verantwortliche gab – nach erfolgter Fristerstreckung aufgrund der COVID-19 Pandemie – am 11. August 2020 eine Stellungnahme ab.

Im Hinblick auf die Rechtsgrundlage der gegenständlich relevanten Datenverarbeitung („AMAS“) wurde zusammengefasst ausgeführt, dass sich diese auf Art. 6 Abs. 1 lit. c, lit. e und Art. 9 Abs. 1, Abs. 2 lit. h DSGVO iVm §§ 25 Abs. 1, 29 und 31 Abs. 5 AMMSG stütze. Die Technologiewahl, also die Nutzung eines automatisierten Verfahrens zur Feststellung der Arbeitsmarktchancen, stütze sich auf § 31 Abs. 5 AMMSG, der die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zur bestmöglichen Erreichung der in § 29 AMMSG festgelegten Ziele vorsehe.

Im Hinblick auf die Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO wurde zusammengefasst ausgeführt, dass von der Durchführung einer solchen aufgrund der Bestimmungen gemäß Art. 35 Abs. 10 iVm § 25 Abs. 11 AMMSG abgesehen worden sei. Allerdings habe der Verantwortliche Ende 2019 die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung beauftragt, die diesbezüglichen Arbeiten hätten sich jedoch verzögert.

3. Das amtswegige Prüfverfahren war in Bezug auf die Umsetzung der Informationspflicht gemäß Art. 13 DSGVO und die sonstigen Bestimmungen gemäß Kapitel IV der Verordnung einzustellen, da der Verantwortliche seinen diesbezüglichen Verpflichtungen nach Auffassung der Datenschutzbehörde vollständig nachgekommen ist.

Nicht erfüllt wurde nach Auffassung der Datenschutzbehörde die Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO.

B. Prüfgegenstand

Prüfgegenstand ist nunmehr die Frage, ob die Datenverarbeitung des Verantwortlichen im Zusammenhang mit der Ermittlung von Arbeitsmarktchancen von arbeitssuchenden Personen mit Hilfe des Arbeitsmarktchancen Assistenz-System („AMAS“) rechtmäßig durchgeführt wird, die Datenverarbeitung also den Grundsätzen gemäß Art. 5 DSGVO entspricht und mindestens eine Bedingung gemäß Art. 6 Abs. 1 iVm Art. 9 Abs. 2 DSGVO leg. cit. erfüllt ist.

Sofern von einer unrechtmäßigen Datenverarbeitung und somit von einem Verstoß gegen die DSGVO auszugehen ist, stellt sich schließlich die Frage, welche Abhilfebefugnis gemäß Art. 58 Abs. 2 der Verordnung in Betracht kommt, um den Verstoß zu beseitigen.

C. Sachverhaltsfeststellungen

1. Bei dem Verantwortlichen handelt es sich um das Arbeitsmarktservice, dem die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bundes obliegt. Das AMS ist ein Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit.

2. Der Verantwortliche hat seit Ende des Jahres 2018 bis dato schrittweise den sogenannten „AMS-Algorithmus“ zur Anwendung gebracht. Bei diesem handelt es sich um ein Arbeitsmarktchancen Assistenz-System (in Folge: „AMAS“). Das AMAS soll laut Angaben des Verantwortlichen seine BeraterInnen bei der Einschätzung der Arbeitsmarktchancen von Arbeitssuchenden unterstützen (Chancenmodell) und soll eine effizientere Einsetzung der Ressourcen der Verantwortlichen gewährleisten.

3. Konkret werden bei diesem Chancenmodell die Wahrscheinlichkeiten für aktuell vorgemerkte KundInnen des Verantwortlichen (Arbeitssuchende) innerhalb eines bestimmten Zeitraums berechnet, in der Zukunft eine bestimmte Anzahl von Tagen beschäftigt zu sein. Dazu wird in einem ersten Schritt aus bestimmten Merkmalen (persönliche Merkmale, Vorkarriere und Merkmale des Arbeitsmarktes) eine sogenannte Integrationschance (in Folge: „IC“) errechnet. Bei der IC handelt es sich um einen Funktionswert, der bei 0 beginnt und Richtung des Wertes 1 wandert, je höher die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Kombination persönlicher Merkmale zu einer Beschäftigung führt. Aus der Masse der Fälle ergeben sich damit Kombinationen der betrachteten Merkmale, bei denen eine Beschäftigung wahrscheinlicher oder weniger wahrscheinlich ausfällt, was sich sodann in der jeweiligen IC widerspiegelt.

Diese IC wird erhoben, indem zwischen einer kurzfristigen und einer langfristigen Arbeitsmarktchance unterschieden wird. Kurzfristig bedeutet die Chance, innerhalb der nächsten 7 Monate eine mindestens 90 Tage durchgehende, ungeforderte Beschäftigung zu erhalten. Langfristig bedeutet die Chance, innerhalb der nächsten 24 Monate eine mindestens 180 Tage durchgehende, ungeforderte Beschäftigung zu erhalten.

Bei einer zumindest 66%-igen Wahrscheinlichkeit der Erreichung einer kurzfristigen Arbeitsmarktchance haben Arbeitssuchende hohe Arbeitsmarktchancen. Wird für einen Arbeitssuchenden eine nicht einmal 25%-ige Wahrscheinlichkeit ermittelt, langfristig eine Arbeit aufzunehmen, dann liegen niedrige Arbeitsmarktchancen vor. Bei Arbeitssuchenden, deren Werte dazwischen liegen, werden mittlere Arbeitsmarktchancen ausgewiesen.

4. Im Rahmen der Berechnung der Arbeitsmarktchancen unter Zuhilfenahme des AMAS werden folgende Datenkategorien von Arbeitssuchenden verarbeitet:

- Altersgruppe
- Geschlecht
- Staatengruppe
- Ausbildung
- Gesundheitliche Beeinträchtigungen
- Betreuungspflichten
- Berufsgruppe
- Vorkarriere (im Ausmaß von maximal vier Jahren vor Eintritt der Arbeitslosigkeit)
- Regionales Arbeitsmarktgeschehen
- Dauer des Geschäftsfalles beim AMS

5. Das AMAS setzt eine gewisse Datenqualität voraus. So können für die grundsätzliche Errechnung der IC nur die Merkmale jener Personen herangezogen werden, bei denen für einen Zeitraum von vier Jahren eine lückenlose sozialversicherungsrechtliche Dokumentation vorliegt. Für spezifische Personengruppen, bei denen dies nicht der Fall ist, nämlich kürzlich nach Österreich bzw. auf den österreichischen Arbeitsmarkt migrierte Personen, Jugendliche, oder auch sonstige Personen mit fragmentiertem Erwerbsverlauf, existieren gesonderte Modelle. Sonstige Personen mit fragmentiertem Erwerbsverlauf sind beispielsweise WiedereinsteigerInnen.

6. Die BeraterInnen der Verantwortlichen konnten dem Grunde nach bereits seit Ende 2018 auf die unter Zuhilfenahme des AMAS berechneten Informationen zugreifen. Nach Angaben der Verantwortlichen sollen diese Informationen, also die berechneten Arbeitsmarktchancen, künftig verpflichtend seitens der BeraterInnen im Rahmen ihrer Beratungsleistung verwendet werden. Ursprünglich war eine verpflichtende Heranziehung ab dem 1. Juli 2020 geplant. Aufgrund der Ausnahmesituation rund um COVID-19 wurde dieses Vorhaben jedoch auf das Frühjahr 2021 verschoben.

7. Laut Angabe des Verantwortlichen verbleibt die Letztentscheidung über die Arbeitsmarktchance bzw. die Segmentzugehörigkeit – und damit verbunden, die Vergabe von Fördermittel für den

Arbeitssuchenden/die Arbeitssuchende – allerdings bei den jeweiligen BeraterInnen. Dies soll laut Angabe des Verantwortlichen das Ergebnis des Gesprächs mit dem/der jeweiligen Arbeitssuchenden sein.

Zur Sicherstellung, dass das seitens des AMAS berechnete Ergebnis nicht unhinterfragt übernommen wird, hat der Verantwortliche Richtlinien und Handlungsanleitungen erstellt und Schulungen durchgeführt. Den BeraterInnen wird seitens des Verantwortlichen vermittelt, dass das AMAS nur eine von mehreren Informationsgrundlagen ist, die zur Vereinfachung und Verbesserung des stetig zunehmenden Beratungsaufwandes heranzuziehen sind. Die BeraterInnen haben ihre Letztentscheidung zu begründen und zu dokumentieren.

8. Laut Angabe des Verantwortlichen beträgt die durchschnittliche Beratungszeit für Arbeitssuchende sowohl für den Erstkontakt als auch die monatlichen Folgekontakte rund 30 Minuten. Insbesondere in östlichen Bundesländern kann sich auch eine geringere Zeit von rund 10 Minuten ergeben. Aufgrund der Ausnahmesituation rund um COVID-19 kann diese Zeit laut Verantwortlichen für die nächste Zukunft aber nicht zugesichert werden.

9. Die Arbeitssuchenden werden über das AMAS (in Form der Übergabe einer Datenschutzerklärung sowie auf der Website des Verantwortlichen) informiert. Den Arbeitssuchenden wird auf Anfrage sowohl das seitens des AMAS berechnete Ergebnis, als auch die Letztentscheidung der BeraterInnen zur Verfügung gestellt.

10. Der Verantwortliche hat im Hinblick auf die mit dem AMAS im Zusammenhang stehende Datenverarbeitung keine Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO durchgeführt.

Beweiswürdigung: Alle getroffenen Feststellungen beruhen auf der Stellungnahme des Verantwortlichen vom 11. August 2020 (Seiten 4 bis 8, 13 bis 15, 17 und 18) sowie auf amtsbekanntem Wissen und sind unstrittig.

D. In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Zu Spruchpunkt 1:

1. Zur datenschutzrechtlichen Rollenverteilung

Das Arbeitsmarktservice ist gemäß § 1 Abs. 1 AMMSG ein Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts zur Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bundes. Trotz organisatorischer Gliederung in Bundes-, Landes- und Regionalorganisationen besitzen die Teilorganisationen des Arbeitsmarktservice keine eigene Rechtspersönlichkeit, weshalb die Eigenschaft als datenschutzrechtlicher Verantwortlicher nur dem Arbeitsmarktservice zukommt, nicht jedoch seinen Teilorganisationen (vgl. in Bezug auf die insofern vergleichbare Rechtslage nach dem DSG 2000 idF BGBl. I Nr. 83/2013 *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht [2010] Rz 3/33).

Daraus folgt, dass das Arbeitsmarktservice für die gesamte im Zusammenhang mit dem AMAS oder AMS-Algorithmus stehende Datenverarbeitung von Arbeitssuchenden als Verantwortlicher gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO zu qualifizieren ist, selbst wenn die gegenständlich relevanten Daten nicht in Bundes-, sondern in Landes- oder Regionalorganisationen verarbeitet werden.

Die Datenschutzüberprüfung gemäß Art. 58 Abs. 1 lit. b DSGVO („amtswegiges Prüfverfahren“) und die ergriffenen Abhilfebefugnisse gemäß Art. 58 Abs. 2 DSGVO hatten sich daher gegen das Arbeitsmarktservice (in Folge: „Verantwortlicher“) iSd § 1 Abs. 1 AMSG zu richten.

Im Übrigen wurde die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit seitens des AMS auch nicht bestritten.

Die Einrichtung als Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts bedingt, dass der Verantwortliche als „Behörde“ im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG zu qualifizieren ist und seine Handlungen nur auf Basis einer ausreichend determinierten Rechtsgrundlage erfolgen dürfen (vgl. dazu ausführlich *Pürgy/Zavadil*, Die „staatliche Behörde“ im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG 2000 in *Bauer/Reimer* (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht [2009] 148 ff mwN).

2. Zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

a) Allgemeines

Einleitend ist festzuhalten, dass die unter Zuhilfenahme des AMAS erfolgte Datenverarbeitung im Rahmen der Wahrnehmung der dem Verantwortlichen gemäß § 1 Abs. 1 AMSG übertragenen öffentlichen Aufgabe erfolgt (und nicht etwa im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung).

Dies wird auch seitens des Verantwortlichen nicht bestritten, der die Datenverarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. c, lit. e und Art. 9 Abs. 1, Abs. 2 lit. h iVm §§ 25 Abs. 1, 29 und 31 Abs. 5 AMSG stützt.

Als Behörde ist es aber erforderlich, dass sich eine Datenverarbeitung – und damit verbunden der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz – nicht bloß auf eine gesetzliche Ermächtigung gründet, die gesetzliche Ermächtigung muss vielmehr hinreichend determiniert bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz zulässig ist (zur ausreichenden Determinierung einer Eingriffsnorm iSd § 1 Abs. 2 DSG (2000) siehe VfSlg. 18146/2007).

Die Datenschutzbehörde stellt jedoch ausdrücklich klar, dass es nicht ihre Aufgabe ist – und auch von ihrer Kompetenz nicht erfasst ist –, zu prüfen, ob die angegebenen Bestimmungen im Widerspruch zu § 1 Abs. 2 DSG stehen.

Jedoch kann die Datenschutzbehörde im Rahmen eines amtswegigen Prüfverfahrens sehr wohl prüfen, ob eine Datenverarbeitung Deckung in gesetzlichen Bestimmungen findet.

b) Zu den angeführten Rechtsgrundlagen

Es stellt sich somit die Frage, ob die seitens des Verantwortlichen angeführten Bestimmungen des AMSG – konkret §§ 25 Abs. 1, 29 und 31 Abs. 5 – die gegenständliche Datenverarbeitung zu tragen vermögen.

Wenngleich dies nicht strittig ist, ist in gebotener Kürze festzuhalten, dass die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik zweifelsohne ein öffentliches Interesse darstellt. Die automatisierte Berechnung von Arbeitsmarktchancen unter Zuhilfenahme neuer Technologien und ein effizienter Einsatz der Ressourcen, die dem Verantwortlichen zur Verfügung stehen, können ganz grundsätzlich auch im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK als erforderlich gewertet werden.

Allerdings ist zusätzlich zur Einhaltung der jeweiligen Gesetzesvorbehalte erforderlich, dass der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nur auf Grundlage eines hinreichend bestimmten Gesetzes erfolgt:

So muss nach Rsp des EGMR ein solches Gesetz ausreichend präzise formuliert sein, damit jedermann in die Lage versetzt wird, sein Verhalten entsprechend auszurichten (vgl. anstelle vieler das Urteil des EGMR vom 16. Februar 2000, 27798/95, *Amann*).

Der VfGH hat dazu festgehalten, dass ein solches Gesetz für jedermann vorhersehbar regeln muss, unter welchen Voraussetzungen die Verarbeitung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung konkreter Verwaltungsaufgaben zulässig ist. § 1 Abs. 2 DSG (2000) verlangt demnach vom jeweiligen Gesetzgeber, materienspezifische Regelungen in dem Sinn vorzusehen, dass die Fälle zulässiger Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz konkretisiert und begrenzt werden (siehe z.B. VfSlg 18.146/2007; 18.643/2008; 19.886/2014; 19.892/2014 sowie VfGH 29.11.2017, G 223/2016 mwN).

Diese Überlegungen können ohne weiteres auf die nunmehrige Rechtslage nach der DSGVO übertragen werden. Aus ErwGr 41 zweiter Satz der Verordnung erhellt nämlich sinngemäß, dass eine entsprechende Rechtsgrundlage, auf die Bezug genommen wird, „klar und präzise“ und dass ihre „Anwendung für die Rechtsunterworfenen vorhersehbar sein sollte“. Dies kommt auch in Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO zum Ausdruck.

In Bezug auf die vom Verantwortlichen angeführten Rechtsgrundlagen ist zunächst festzuhalten, dass §§ 29 und 31 Abs. 5 AMSG bereits deshalb nicht als Rechtsgrundlage für die verfahrensgegenständliche Datenverarbeitung in Betracht kommen, da diese lediglich allgemein das Ziel und die Aufgabenerfüllung des Verantwortlichen sowie die Grundsätze bei dieser Aufgabenerfüllung festlegen; auf eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten wird in diesen Bestimmungen nicht Bezug genommen.

Zum weiters angeführten § 25 Abs. 1 AMMSG ist festzuhalten, dass in diesem lediglich bestimmte Datenkategorien (taxativ) aufgezählt sind, welche der Verantwortliche im Rahmen der Aufgabenerfüllung verarbeiten darf, soweit diese Verarbeitung zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben eine wesentliche Voraussetzung ist.

Nun handelt es sich bei den mithilfe des AMAS berechneten Informationen – im Wesentlichen die Arbeitsmarktchancen – um Profiling:

Unter Profiling ist gemäß Art. 4 Z 4 DSGVO jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten zu verstehen, die darin besteht, u.a. die Arbeitsleistung von natürlichen Personen vorherzusagen. Wenn der europäische Gesetzgeber davon ausgeht, dass die automatisierte Vorhersage der Arbeitsleistung als Profiling zu verstehen ist, muss auch die automatisierte Vorhersage der Arbeitsmarktchancen unter dem Begriff des Art. 4 Z 4 DSGVO fallen.

Für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen ist zwar sicherlich nachvollziehbar, dass der Verantwortliche einige – in § 25 Abs. 1 AMMSG aufgezählte – Datenarten zwangsläufig verarbeiten muss, damit gewisse Leistungen (beispielsweise die Bearbeitung eines Antrags für den Bezug von gewissen Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung) erbracht werden können, so wie das auch bis zur Einführung des AMAS der Fall war.

Nicht nachvollziehbar wird es für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen hingegen sein, allein auf Grundlage von § 25 Abs. 1 AMMSG – selbst wenn man diesen im Lichte der §§ 29 und 31 Abs. 5 leg. cit. auslegt – davon auszugehen, dass die in § 25 Abs. 1 leg. cit. genannten Datenarten zum Zwecke eines derart eingriffsintensiven Profiling verarbeitet werden.

Dies ergibt sich insbesondere auch aus einer systematischen Betrachtung der DSGVO:

Der europäische Gesetzgeber geht davon aus, dass es sich beim Profiling um eine derart spezifische Verarbeitung handelt, sodass mit der allgemeinen Begriffsdefinition der „Verarbeitung“ in Art. 4 Z 2 DSGVO nicht das Auslangen gefunden werden konnte und dass der Begriff „Profiling“ nochmals spezifisch in Art. 4 Z 4 leg. cit. zu bestimmen war und zusätzlich die Sonderbestimmung des Art. 22 DSGVO gilt.

Wenn nun der europäische Gesetzgeber eine solche Differenzierung (allgemeine Verarbeitung und spezifische Verarbeitung in Form von Profiling) trifft, so muss dieser Maßstab auch für nationale Gesetze gelten, auf deren Grundlage ein solches Profiling durchgeführt wird.

Der Verantwortliche schafft durch die vollautomatisierte Verarbeitung der in § 25 Abs. 1 AMMSG aufgezählten Datenkategorien in Form von Profiling daher einen derartigen informationellen Mehrwert, dass jedenfalls auf die Art und Weise, wie dieser informationelle Mehrwert zustande kommt, in der gesetzlichen Grundlage Bezug genommen werden muss.

Eine Rechtsgrundlage, deren Sinn sich entweder gar nicht oder erst durch aufwendige Interpretation erschließt, ist jedenfalls weder klar und präzise, noch für den Rechtsunterworfenen vorhersehbar. Sie steht damit im Widerspruch zu EU-Sekundärrecht und muss unangewendet bleiben (vgl. das Urteil des EuGH vom 9. März 1978, Rs C-106/77, *Simmenthal II*; mit Bezug auf § 51 Abs. 4 ÄrzteG 1998, BGBl. I Nr. 169/1998 idgF auch das Erkenntnis des BVwG vom 3. April 2019, ZI. W258 2201288-1).

Im konkreten Fall kann somit nicht gesagt werden, dass durch jene Rechtsgrundlagen, auf die sich der Verantwortliche stützt, eine Datenverarbeitung in Form von Profiling auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise gewährleistet wird (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO).

Der EuGH hat bereits ausgesprochen, dass jede Datenverarbeitung nicht nur in einer geeigneten Rechtsgrundlage (nach nunmehr Art. 6, 9 oder 10 DSGVO) Deckung finden muss, es müssen zusätzlich auch alle Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten (nach nunmehr Art. 5 DSGVO) eingehalten werden (vgl. dazu das Urteil vom 11. Dezember 2019, Rs C-708/18, *Asociația de Proprietari bloc M5A-Scara A*, Rz 36 mwN).

Zur Vollständigkeit ist darauf hinzuweisen, dass der Verantwortliche zwar seiner Informationspflicht gemäß Art. 13 DSGVO entsprochen hat; *allerdings* muss aufgrund der ausdrücklichen Gesetzeslage und aufgrund der oben angeführten Judikatur die Datenverarbeitung unmittelbar aus den jeweiligen Gesetzesbestimmungen selbst ersichtlich sein und nicht aufgrund allfälliger (unverbindlicher) Informationen durch den Verantwortlichen.

Somit ist festzuhalten, dass die vorliegende Datenverarbeitung auf keine geeignete Rechtsgrundlage iSd § 1 Abs. 2 DSG iVm Art. 6 Abs. 1 lit. c und e sowie Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO gestützt werden kann.

Eine andere Rechtsgrundlage nach Art. 6 und 9 DSGVO als jene, die seitens des Verantwortlichen angeführt wurden, kommen – da es sich beim Verantwortlichen um eine „Behörde“ im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG handelt und ein Eingriff durch diesen ausschließlich auf Basis einer gesetzlichen Grundlage erfolgen darf – nicht in Betracht.

c) Zu den notwendigen „geeigneten Garantien“

Darüber hinaus ist aber auch festzuhalten, dass die seitens des Verantwortliche ins Treffen geführte Rechtsgrundlage gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. h iVm Abs. 3 DSGVO auch aus einem weiteren Grund nicht in Betracht kommt:

i) Zur Anwendbarkeit von Art. 22 DSGVO

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die gegenständlich relevante Datenverarbeitung nicht bloß den Tatbestand von Profiling gemäß Art. 4 Z 4 DSGVO, sondern mit diesem Profiling auch der Tatbestand

gemäß Art. 22 Abs. 1 leg. cit. (automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling) erfüllt ist:

So ist zwar einzuräumen, dass die Letztentscheidung über die Arbeitsmarktchance bzw. die Segmentzugehörigkeit – und damit verbunden, die Vergabe von Fördermittel für Arbeitssuchende – aufgrund interner Richtlinien des Verantwortlichen bei den jeweiligen BeraterInnen verbleibt und auf den ersten Blick nicht von einer – so wie von Art. 22 Abs. 1 DSGVO geforderten – „ausschließlich automatisierten Verarbeitung“ auszugehen ist.

Allerdings entfalten diese internen Handlungsanweisungen keinerlei Außenwirkung und können folglich die Datenschutzbehörde auch nicht binden. Die mangelnde Außenwirkung hat zudem zur Folge, dass sich Betroffene – hier Arbeitssuchende – nicht rechtswirksam darauf berufen und daher eine nachprüfende Kontrolle durch Organe der Verantwortlichen auch nicht verlangen können.

Zum anderen kann auch nicht für alle Einzelfälle ausgeschlossen werden, dass – trotz der Zusicherungen des Verantwortlichen – die BeraterInnen die Ergebnisse des AMAS bloß routinemäßig übernehmen.

Für eine „routinemäßige Übernahme“ spricht, dass – wie festgestellt – in manchen Gebieten Österreichs die Beratungszeit bloß zehn Minuten beträgt. Weiters ist aufgrund der Ausnahmesituation rund um COVID-19 und den damit verbundenen eingeschränkten Ressourcen des Verantwortlichen aktuell umso mehr davon auszugehen, dass sich BeraterInnen vermehrt auf die automatisiert erstellten Ergebnisse des AMAS verlassen.

Da eine „echte Aufsicht“ durch einen Menschen – also durch die BeraterInnen – nicht für alle Einzelfälle verbindlich (im Sinne einer Rechtsgarantie) angeordnet und damit auch nicht lückenlos gewährleistet ist, sind nach Auffassung der Datenschutzbehörde die Voraussetzungen gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO erfüllt (vgl. die Leitlinien der ehemaligen *Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP251rev.01, 17/DE, 22, wonach für den Fall, in dem automatisiert berechnete Ergebnisse bloß routinemäßig übernommen werden, von einer „automatisierten Entscheidung im Einzelfall“ auszugehen ist).

Eine derartige Auslegung ist vor dem Hintergrund der erklärten Absicht des europäischen Gesetzgebers, die Betroffenenrechte stärken zu wollen (vgl. dazu das Erkenntnis des BVwG vom 27. September 2018, W214 2127449-1) geboten, da Betroffene (also Arbeitssuchende) andernfalls nicht in den Schutzbereich von Art. 22 DSGVO gelangen.

ii) Fehlende „geeignete Garantien“

Aufgrund dessen gelangt Art. 22 Abs. 4 DSGVO zur Anwendung, wonach automatisierte Entscheidungen im Einzelfall, die u.a. auf Gesundheitsdaten beruhen, nicht getroffen werden dürfen,

sofern nicht Art. 9 Abs. 2 lit. a oder lit. g DSGVO gilt und angemessene Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person getroffen wurden.

Nun kann man dem Verantwortlichen nicht absprechen, dass dieser organisationsintern angemessene Maßnahmen zum Schutze der Arbeitssuchenden getroffen hat.

Allerdings erhellt aus Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO, dass darüber hinaus angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person in der jeweiligen Gesetzesbestimmung selbst – also gesetzlich garantiert – sein müssen.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass nun nicht Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO – wie vom Verantwortlichen vorgebracht – sondern Abs. 2 lit. g leg. cit. zu überprüfen ist, ist festzuhalten, dass in § 25 AMAS bzw. ganz allgemein in der österreichischen Rechtsordnung keine hinreichend bestimmte Norm existiert, die den Verantwortlichen dazu ermächtigt, unter Zuhilfenahme des AMAS im Wege des Profiling Arbeitsmarktchancen zu berechnen und die zusätzlich – so wie ausdrücklich gefordert – angemessene und spezifische Maßnahmen („geeignete Garantien“) normiert.

Den Anforderungen von Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO wird daher nicht entsprochen, weshalb dieser für die gegenständlich relevante Datenverarbeitung – anstelle von Abs. 2 lit. h – nicht herangezogen werden kann.

d) Ergebnis

Vor dem Hintergrund all dieser Überlegungen gelangt die Datenschutzbehörde – zusammengefasst – zu dem Ergebnis, dass der Verantwortliche die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Ermittlung von Arbeitsmarktchancen von arbeitssuchenden Personen unter Zuhilfenahme des AMAS für die Auswahl von Betreuungsformen und Förderungen auf keine Grundlage gemäß Art. 6 Abs. 1 iVm Art. 9 Abs. 2 iVm Art. 5 DSGVO stützen kann.

2. Zur Abhilfebefugnis gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO

Zu prüfen ist, welche Abhilfebefugnis gemäß Art. 58 Abs. 2 DSGVO in Betracht kommt.

Dazu ist zuerst festzuhalten, dass der Verantwortliche nicht gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. a DSGVO zu warnen war, da die gegenständlich relevante Datenverarbeitung nicht bloß beabsichtigt ist, sondern – wie festgestellt – bereits seit dem Jahre 2018 schrittweise eingeführt wurde und die BeraterInnen bereits seit längerer Zeit auf die unter Zuhilfenahme des AMAS berechneten Informationen Zugriff haben; unbeachtlich ist es daher, dass die BeraterInnen noch nicht flächendeckend verpflichtet sind, die unter Zuhilfenahme des AMAS berechneten Informationen jedenfalls bei ihrer Beurteilung einzubeziehen.

Weiters ist festzuhalten, dass der Verantwortliche nicht gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. d DSGVO anzuweisen war, die Datenverarbeitung in Einklang mit der Verordnung zu bringen. Dies deshalb, da für eine zulässige Datenverarbeitung eine (hinreichend bestimmte und geeignete Garantien enthaltende) gesetzliche Grundlage notwendig ist, dem Verantwortlichen als Behörde aber keine Kompetenz zur Erlassung von Gesetzen zukommt.

Vor diesem Hintergrund kommt nur die Abhilfebefugnis gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO in Betracht, wonach die Datenschutzbehörde eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots, verhängen kann.

Dem Verantwortlichen war die gegenständlich relevante Datenverarbeitung daher zu untersagen, wobei ausdrücklich festzuhalten ist, dass sich dieses Verbot ausschließlich auf die aktuelle Rechtslage bezieht, auf die die rechtliche Beurteilung der Datenschutzbehörde gestützt wird.

Sofern eine qualifizierte Rechtsgrundlage geschaffen wird, auf die die Datenverarbeitung gestützt werden kann, steht es dem Verantwortlichen offen, eine solche Datenverarbeitung durchzuführen. Insofern war die Datenverarbeitung nicht mit sofortiger Wirkung zu untersagen, um es dem Gesetzgeber zu ermöglichen, eine geeignete Rechtsgrundlage zu schaffen.

Im Zuge eines Gesetzgebungsverfahrens kann auch eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 Abs. 10 DSGVO vorgenommen werden. Sollte dies nicht erfolgen, liegt es am Verantwortlichen jedenfalls eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen, da gegenständlich der Tatbestand des § 2 Abs. 2 Z 1 DSFA-V erfüllt ist.

Eine nähere (insbesondere technische) Auseinandersetzung mit dem AMAS konnte unterbleiben, da es bereits an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche Datenverarbeitung mangelte.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 13 Abs. 2 VwGVG kann die Behörde die aufschiebende Wirkung mit Bescheid ausschließen, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides oder Ausübung der durch den angefochtenen Bescheid eingeräumten Berechtigung wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Ein solcher Ausspruch ist tunlichst schon in den über die Hauptsache ergehenden Bescheid aufzunehmen.

Nach den Ausführungen des Verantwortlichen ist geplant, AMAS im Frühjahr 2021 flächendeckend zum Einsatz zu bringen. Da mit dieser Datenverarbeitung erhebliche Risiken für Betroffene verbunden sind und eine Verarbeitung in Übereinstimmung mit der DSGVO derzeit nicht vorliegt, war die aufschiebende Wirkung spruchgemäß auszuschließen, um zu gewährleisten, dass die Risiken für eine

derzeit nur punktuell betroffene Personengruppe nicht auf sämtliche Arbeitssuchende ausgedehnt werden.

Dem gegenüber steht das Interesse des Verantwortlichen, durch den Einsatz von AMAS arbeitssuchende Personen effizient vermitteln zu können bzw. prüfen zu können, ob eine Vermittlung (überhaupt) noch in Betracht kommt.

Dieses Interesse kann im gegenständlichen Fall jedoch das Interesse betroffener Personen, nur dann einem Profiling unterworfen zu werden, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, nicht überwiegen, zumal die Tätigkeit des Verantwortlichen auch bisher ohne (flächendeckenden) Einsatz von AMAS möglich war.

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass durch die Folgen der COVID-19 Pandemie mit einem generellen Anstieg arbeitsloser und damit arbeitssuchender Personen zu rechnen ist und folglich der Kreis der Betroffenen ab dem Jahr 2021 erheblich sein dürfte.

R E C H T S M I T T E L B E L E H R U N G

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von **vier Wochen** nach Zustellung schriftlich eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde **ist bei der Datenschutzbehörde einzubringen** und muss

- die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides (GZ, Betreff)
- die Bezeichnung der belangten Behörde,
- die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
- *das Begehren sowie*
- die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht ist, enthalten.

Die Datenschutzbehörde hat die Möglichkeit, innerhalb von zwei Monaten entweder durch **Beschwerdevorentscheidung** ihren Bescheid abzuändern oder die Beschwerde mit den Akten des Verfahrens **dem Bundesverwaltungsgericht vorzulegen**.

Die Beschwerde gegen diesen Bescheid ist **gebührenpflichtig**. Die feste Gebühr für eine entsprechende Eingabe samt Beilagen beträgt **30 Euro**. Die Gebühr ist auf das Konto des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel (IBAN: AT83 0100 0000 0550 4109, BIC: BUNDATWW) zu entrichten wobei auf der Zahlungsanweisung als Verwendungszweck das jeweilige Beschwerdeverfahren (Geschäftszahl des Bescheides) anzugeben ist.

Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ ist als Empfänger das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel (IBAN wie zuvor) anzugeben oder

auszuwählen. Weiters sind die Steuernummer/Abgabenkontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE -Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben.

Die Entrichtung **der Gebühr** ist bei Einbringung der Beschwerde **gegenüber der Datenschutzbehörde** durch einen der Eingabe anzuschließenden von einer Geschäftsstelle der Post oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg in Urschrift (im Original) **nachzuweisen**. Wird die Gebühr nicht oder nicht vollständig entrichtet, ergeht eine **Meldung an das zuständige Finanzamt**.

16. August 2020

Die Leiterin der Datenschutzbehörde:

JELINEK