

9. Jahrgang / Mai 2018 / Nr. 3

bau *aktuell*

Baurecht – Baubetriebswirtschaft – Baumanagement

Herausgegeben von

Gerald Goger | Detlef Heck | Georg Karasek | Andreas Kletečka | Arnold Tautschnig

Marco Riegler/Theresia Leitinger

Die Umsetzung der DSGVO in der Bauwirtschaft

Konstantin Pochmarski/Kerstin Hirn

Der versteckte Baumangel

Stefan Lampert

Die befristete Baulandwidmung in Vorarlberg

Hans Lechner

Abgrenzung der Projektsteuerung von der örtlichen Bauaufsicht

Gerald Fuchs

Einsicht in Verfahrensakten und Archive der Baubehörde

Christoph Wiesinger

Der Mischbetrieb im BUAG

Irene Glaninger

Neuer Lehrberuf „Bautechnische Assistenz“

Wolfgang Hussian

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Das letzte Wort hat Rainer Kurbos

Die Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung in der Bauwirtschaft

Marco Riegler / Theresia Leitinger

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)¹ ist trotz ihres zweijährigen Bestehens für viele ein „Schreckgespenst“. Die Änderungen im operativen Umgang mit Daten sind im Vergleich zur bisherigen Rechtslage zwar durchaus überschaubar, mit der Anwendbarkeit der DSGVO ab 25. 5. 2018 – und damit einhergehend einem neuen DSG 2018 – ändert sich aber vor allem die Höhe der Strafdrohungen auf bis zu 4 % des Umsatzes oder 20 Mio €. Zusätzlich bereiten Neuerungen (wie erweiterte Informations- und Betroffenenrechte, die verpflichtete Einführung eines Verarbeitungsverzeichnisses und in bestimmten Fällen die Einführung eines Datenschutzbeauftragten sowie die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung) vor allem einen erhöhten organisatorischen Aufwand. Dieser Artikel beschäftigt sich mit den in der Praxis zu erwartenden Auswirkungen der DSGVO auf die Baubranche.



MMag. Marco Riegler ist Rechtsanwalt in Graz. Er ist auf Arbeitsrecht, Datenschutzrecht, Handelsvertreterrecht und Legal Compliance spezialisiert.



MMag. Theresia Leitinger, M.A.I.S. ist Rechtsanwältin in Graz.

1. Gesetzliche Grundlagen des Datenschutzrechts in Österreich

Die DSGVO gilt für Datenverarbeitungen in der EU, aber auch für Datenverarbeitungen von Personen, die sich in der EU befinden, durch einen Verantwortlichen, der nicht in der EU niedergelassen ist (Art 3 Abs 2 DSGVO). Das bislang geltende DSG 2000 wurde mit dem Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, BGBl I 2017/120, an die Bestimmungen der DSGVO angepasst und wird in dieser Fassung im Folgenden als „DSG 2018“ bezeichnet. Darüber hinaus bestehen weitere datenschutzrechtliche Bestimmungen etwa in § 33 Abs 1 Z 8, §§ 118a und 199a StGB oder in § 14a UWG.

Tragendes Element der DSGVO ist ein risikobasierter Ansatz, wonach Verantwortliche, die Daten verarbeiten, selbst zu prüfen haben, ob und in welchem Umfang sie sich an die jeweilige Norm der DSGVO zu halten haben.² Hinzu kommt, dass die DSGVO als Produkt aus dem Kompromiss von 28 Mitgliedstaaten der EU als kleinster gemeinsamer Nenner übrig geblieben ist, was wegen mangelnder Bestimmtheit und umfangreichen Interpretationsbedarfs eine große Rechtsunsicherheit hinterlässt.³ Dies stellt auch die Baubranche, die üblicherweise eine Vielzahl von Datenverarbeitungsvorgängen abwickelt, vor große Herausforderungen.

2. Was ist geschützt?

Die DSGVO sieht neben der Stärkung des Datenschutzes für alle Bürger in der EU auch ein einheitliches Datenschutzniveau und die Kontrolle von natürlichen Personen über die eigenen Daten vor.⁴

Geschützt werden nach der DSGVO personenbezogene Daten, dies sind alle Informationen,

die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, die manuell oder automationsunterstützt verarbeitet werden.⁵ Beispiele dafür sind etwa Name, Geburtsdatum und Familienstand, aber auch Mietvertragsdaten, Kostenvorschläge, Korrespondenz, Rechnungen oder eine Kopie des Staplerführerscheins eines Mitarbeiters. Wenn eine Baustelle videoüberwacht wird, um etwa Einbrüche oder Materialdiebstähle zu kontrollieren, und auf diesen Aufnahmen auch Arbeitnehmer, Lieferanten oder der Baustellenkoordinator zu sehen sind, handelt es sich dabei ebenfalls um personenbezogene Daten dieser natürlichen Personen.⁶ Nur Daten, die keiner Person zugeordnet werden können, sind anonyme Daten und fallen nach Erwägungsgrund 26 der DSGVO nicht in den Regelungsbereich der DSGVO. Auch Daten, die natürliche Personen ausschließlich für familiäre oder persönliche Zwecke verwenden, sind von der DSGVO ausgenommen.⁷

Zu beachten ist zusätzlich, dass auch manuelle Dateisysteme, das heißt papierbasierte Datenverarbeitungen, von der DSGVO umfasst sind, wenn die personenbezogenen Daten einzelner Betroffener nach einem Suchkriterium zugänglich sind. Beispiele dafür sind etwa Kunden- oder Lieferantenkarteien sowie sortierte Aktenordner.⁸ Auch die vor Ort geführten und im Baucontainer archivierten Baustellenlisten, die die täglich anwesenden Personen dokumentieren, fallen daher in den Anwendungsbereich der DSGVO.

Darüber hinaus gibt es eigene Kategorien von besonders schutzwürdigen Daten. Dazu zählen zunächst die sensiblen Daten im Sinne des Art 9 DSGVO, nämlich personenbezogene Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie genetische Daten, biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten

1 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 119 vom 4. 5. 2016, S 1.

2 Tretzmüller, Die Datenschutzfolgenabschätzung im Überblick (Teil II), Doko 2018, 32.

3 Schwems, Die DSGVO als Produkt von Lobbyismus und Tauschhandel, in Knyrim, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 33 (37).

4 Vgl Art 1 DSGVO.

5 Vgl § 4 DSG 2018; Bergauer, Personenbezogene Daten, in Knyrim, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 43 (44).

6 Vgl Knyrim/Treml, Industrie 4.0 – Auswirkungen auf Datenschutz und Arbeitsrecht, Doko 2016, 103.

7 Vgl Art 2 DSGVO.

8 Feiler/Horn, Umsetzung der DSGVO in der Praxis (2018) 47.

zum Sexualleben oder zur sexuellen Orientierung. Die Möglichkeiten, sensible Daten verarbeiten zu dürfen, sind deutlich eingeschränkter als bei nicht sensiblen Daten.⁹

Die Regelung für die Verarbeitung von strafrechtsrelevanten Daten ist nach Art 10 DSGVO den Mitgliedstaaten überlassen, wobei festgehalten wird, dass ein umfassendes Register der strafrechtlichen Verurteilungen jedenfalls nur unter behördlicher Aufsicht geführt werden darf. Es ist demnach nicht ausreichend, dass nationalstaatliches Recht die Verarbeitung strafrechtlich relevanter Daten verbietet, vielmehr ist ein Erlaubnistatbestand erforderlich.¹⁰ Der österreichische Gesetzgeber hat davon Gebrauch gemacht und den Umgang mit personenbezogenen Daten über strafbare Handlungen in § 4 Abs 3 DSG 2018 konkretisiert, wonach die Verarbeitung einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung oder Verpflichtung bedarf (Z 1) oder sich die Zulässigkeit der Verarbeitung aus gesetzlichen Sorgfaltspflichten ergibt bzw die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen (Z 2). Dies bedeutet für die Bauwirtschaft, dass ein Strafregisterauszug wohl in aller Regel nur nach einer Interessenabwägung (die auch zugunsten der Baufirma ausgehen müsste, was nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann) verlangt werden darf, da eine gesetzliche Verpflichtung oder Ermächtigung zur Vorlage in der Regel nicht bestehen wird. Ein berechtigtes (überwiegendes) Interesse besteht etwa dann, wenn zumindest ein konkret begründeter Verdacht gegen eine bestimmte Person vorliegt.¹¹

3. Datenverarbeitung: Was versteht man darunter?

Der Begriff der Datenverarbeitung nach Art 4 Z 2 DSGVO ist sehr umfangreich. Darunter fallen beispielsweise das Erfassen, Ordnen, Speichern, Abfragen, Verbreiten, Bereitstellen oder auch das Löschen von Daten.

Um den Begriff der Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO zu erfüllen, sind drei Komponenten wesentlich:¹²

- **Verarbeitungskomponente:** Nur Informationen, die dem Datenverkehr zugänglich sind und einen Bezug zu einer ganz oder teilweise automatisierten oder nicht automatisierten Datenverarbeitung haben, sind relevant.
- **Inhaltskomponente:** Es muss ein informeller Bezug zu einem Menschen hergestellt werden können.
- **Identitätskomponente:** Es muss sich um Daten einer natürlichen Person handeln, die zumindest identifizierbar ist.

Nicht unter den Begriff der Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO fällt demnach etwa der Inhalt

einer Baubesprechung, solange dabei kein Protokoll erstellt wird, da es sich zwar um personenbezogene Informationen handeln kann, mangels Fixierung aber nicht um (verarbeitete) Daten¹³ und damit die Verarbeitungskomponente fehlt.

Werden aus einer Umfrage zur Zufriedenheit mit der Bauausführung in einer großen Siedlung von mehreren hundert Parteien nur anhand des Geschlechts Daten erhoben, fällt diese Umfrage aufgrund der fehlenden Inhaltskomponente nicht in den Regelungsbereich der DSGVO, da es nach allgemeinem Ermessen unter Berücksichtigung aller Mittel als unwahrscheinlich gilt, dass ein Personenbezug tatsächlich hergestellt werden kann.¹⁴

Sind in einem Werbeprospekt Fotos von Baustellen abgebildet, auf denen Bauarbeiter, der Kunde, der Architekt etc zu sehen sind, werden diese Personen allerdings durch Verpixelung unkenntlich gemacht und sind somit nicht mehr identifizierbar, fehlt die Identitätskomponente. Anders verhält es sich aber, wenn es sich um klar erkennbare Baustellen handelt, wo noch dazu nur wenige Arbeitnehmer beschäftigt sind, die aufgrund der Art der Tätigkeit ausnahmsweise doch identifizierbar sind (weil beispielsweise auf dieser Baustelle nur ein Mitarbeiter mit dem Bagger fahren durfte und daher die ausgepixelte Person auf dem Bagger nur dieser Mitarbeiter sein kann).

4. Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung

Die DSGVO legt zunächst in Art 5 Grundsätze fest, die für jede Datenverarbeitung gelten.¹⁵ Zu diesen Grundsätzen zählt auch, dass Daten nur auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden dürfen. Wann diese „Rechtmäßigkeit“ gegeben ist, legt wiederum die DSGVO selbst fest.¹⁶ Die in der Baubranche in der Praxis wichtigsten Rechtmäßigkeitsgründe bzw Rechtsgrundlagen sind:

- Erfüllung eines Vertrages (Art 6 Abs 1 lit b DSGVO);
- Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung des Verantwortlichen (Art 6 Abs 1 lit c DSGVO);
- Einwilligung durch den Betroffenen selbst (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO).

Ist man als Bauunternehmer mit der Errichtung eines Gebäudes betraut, ist die Verarbeitung von Kundendaten, Lieferantendaten, Preisen etc, somit von all jenen Daten, die benötigt werden, um den Vertrag zu erfüllen und das Haus zu bauen sowie den Werklohn dafür zu verrechnen, durch die Rechtsgrundlage der Vertragserfüllung gedeckt.

Die Rechtsgrundlage eines Bestehens von gesetzlichen Verpflichtungen ist beispielsweise erfüllt, wenn die Baufirma Arbeitszeitaufzeichnung

13 Bergauer, Personenbezogene Daten, 47.

14 Vgl Jahnle, Begriff und Arten von personenbezogenen Daten, in Jahnle, Datenschutzrecht und E-Government Jahrbuch 2008 (2008) 27 (38).

15 Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz (Art 5 Abs 1 lit a DSGVO); Zweckbindung (Art 5 Abs 1 lit b DSGVO); Datenminimierung (Art 5 Abs 1 lit c DSGVO); Richtigkeit (Art 5 Abs 1 lit d DSGVO); Speicherbegrenzung (Art 5 Abs 1 lit e DSGVO); Integrität und Vertraulichkeit (Art 5 Abs 1 lit f DSGVO).

16 Vgl insbesondere Art 6 und 9 DSGVO.

9 Vgl Art 9 DSGVO.

10 Feiler/Forgó, EU-DSGVO (2017) 121.

11 Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 121.

12 Vgl Art 4 Z 1 DSGVO; Bergauer, Personenbezogene Daten, 43 ff.

gen über ihre Mitarbeiter führt, weil ein Arbeitgeber dazu nach § 26 AZG gesetzlich verpflichtet ist.

Natürlich kann sich der Betroffene auch damit einverstanden erklären, dass seine Daten verarbeitet werden. Eine Einwilligung im Sinne der DSGVO hat allerdings einige Anforderungen zu erfüllen, um wirksam zu sein und damit eine Rechtsgrundlage darzustellen. Sie hat ausdrücklich und freiwillig zu erfolgen und ist zudem jederzeit widerruflich, worüber auch in der Einwilligungserklärung belehrt werden muss. Fußt die Datenverarbeitung auf der Rechtsgrundlage der Einwilligung, muss also damit gerechnet werden, dass diese jederzeit widerrufen werden kann und danach weitere Datenverarbeitungen unzulässig sind. Die Einwilligung muss außerdem aktiv erfolgen, das heißt, sie muss eine unmissverständlich abgegebene Willensbekundung sein.¹⁷

5. Verarbeitungsverzeichnis

Das Verarbeitungsverzeichnis fasst die verschiedenen Verarbeitungstätigkeiten in einem Unternehmen (abstrakt) zusammen. Eine Verarbeitungstätigkeit ist als die Summe aller Datenverarbeitungen zu verstehen, die für einen bestimmten Zweck oder für mehrere zusammenhängende Zwecke durchgeführt werden.¹⁸ Art 30 DSGVO bestimmt den genauen Inhalt des Verarbeitungsverzeichnisses. Das Verzeichnis ist schriftlich oder elektronisch (zB in Form einer Excel-Tabelle) zu führen.

Ein Verarbeitungsverzeichnis ist grundsätzlich von jedem Unternehmen für alle Verarbeitungen verpflichtend zu führen, es sei denn, wenn im Sinne des Art 30 Abs 5 DSGVO weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigt werden und

- die Verarbeitung keine Risiken für die betroffene Person birgt, das bedeutet, dass im Wesentlichen nur Daten verarbeitet werden, die öffentlich verfügbar sind (wie Name, Geschlecht, Adresse und Telefonnummer);¹⁹
- die Verarbeitung nur gelegentlich erfolgt;
- die Verarbeitung keine sensiblen oder strafrechtlich relevanten Daten beinhaltet.

Wenn daher eines der genannten Kriterien erfüllt ist, ist – zumindest für diese Verarbeitung²⁰ – ein Verzeichnis zu führen bzw diese Verarbeitung in das Verzeichnis aufzunehmen.

Die Verarbeitung von sensiblen Daten ist zB bereits gegeben, wenn im Rahmen der Abwicklung eines Dienstverhältnisses Krankheitstage oder die Gewerkschaftszugehörigkeit erfasst werden.²¹ Gerade für die personalintensive Baubranche wird daher in aller Regel ein Verarbeitungsverzeichnis zu erstellen sein.

Das Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten ist in Kategorien einzuteilen, welche die Verarbeitungstätigkeiten möglichst gut und sinnvoll zu-

sammenfassen. Beispiele für derartige Kategorien können etwa sein:

- Werbemaßnahmen (zB ein E-Mail-Newsletter);
- Abwicklung von Bauaufträgen;
- Ausschreibungen;
- Materialbeschaffung;
- Lohnverrechnung;
- Videoüberwachung;
- Zutrittskontrolle.

Zu jeder Kategorie sind der Zweck der Verarbeitung, die Betroffenengruppe, die Kategorie der verarbeiteten personenbezogenen Daten, die Empfängerkategorien, allfällige Übermittlungen ins EU-Ausland oder an internationale Organisationen und die vorgesehenen Löschrufen für die verschiedenen Datenkategorien anzuführen. Außerdem hat das Verzeichnis die technischen und organisatorischen Maßnahmen, die für die Einhaltung der Sicherheit der Datenverarbeitung getroffen werden, allgemein zu beschreiben. In der Praxis wird dazu im Verarbeitungsverzeichnis meist auf ein gesondertes Dokument verwiesen, in dem die technischen und organisatorischen Maßnahmen detailliert beschrieben sind.

Das Verarbeitungsverzeichnis dient auch als Grundlage für allfällige Überprüfungen durch die Datenschutzbehörde. In der Literatur wird dazu vertreten: Besser ein überschaubares, gut gepflegtes Verzeichnis als ein zu detailliertes Verzeichnis, das unvollständig ist, weil es bereits im Zeitpunkt der Fertigstellung wieder überholt ist.²²

Anhand einer typischen Verarbeitungstätigkeit in der Baubranche, nämlich der Abwicklung eines Bauauftrags, könnten typische Inhalte eines Verarbeitungsverzeichnisses sein:

- **Zweck:** Verarbeitung von Daten zum Abschluss, zur Dokumentation und zur Abwicklung eines Bauvorhabens.
- **Betroffenengruppe:** Kunden, Lieferanten, Auftraggeber, Mitarbeiter, Architekt etc.
- **Datenkategorien:** Stammdaten, Bauvertragsdaten (Werklohn, Leistungsumfang etc), technische Projektdaten (Baupläne etc), Dokumentationen des Baufortschritts, Rechnungsdaten etc.
- **Rechtsgrundlage:** Vertragserfüllung, gesetzliche Verpflichtung (zB bei Rechnungsdaten).
- **Empfängerkategorien:** Architekten, örtliche Bauaufsicht etc.
- **Löschrufen:** Nach Ablauf von Gewährleistungs- und Verjährungsfristen für Schadenersatzansprüche, Aufbewahrungspflichten nach UGB etc.

6. Datenschutzbeauftragter

Die Benennung eines Datenschutzbeauftragten, der den Verantwortlichen bezüglich Datenschutz berät, die Einhaltung der DSGVO beim Verantwortlichen überwacht und mit der Datenschutzbehörde zusammenarbeitet,²³ ist nach Art 37 Abs 1 DSGVO erforderlich, wenn

17 Vgl Art 6 und 7 DSGVO; *Graf/Križanac*, Der Arbeitnehmerdatenschutz in der DSGVO, in *Grabenwarter/Graf/Ritschl*, Neuerungen im europäischen Datenschutzrecht für Unternehmen (2017) 87 (93).

18 *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 22.

19 *Feiler/Horn*, Umsetzung der DSGVO, 47.

20 Vgl *Selk*, Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten (Art 30 DSGVO), in *Knyrim*, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 180 (186).

21 *Feiler/Horn*, Umsetzung der DSGVO, 47.

22 *Selk*, Verzeichnis, 189.

23 Bezüglich der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten siehe im Detail Art 39 DSGVO.

- es sich beim Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter um eine Behörde oder öffentliche Stelle handelt (lit a) oder
- die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, die eine umfangreiche, regelmäßige und systematische Überwachung erforderlich machen (lit b), oder
- die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in der umfangreichen Verarbeitung sensibler oder strafrechtlich relevanter Daten besteht (lit c).²⁴

In der Praxis werden für die Baubranche nur lit b und c in Betracht kommen.

Als „umfangreiche, regelmäßige und systematische Überwachung“ im Sinne des Art 37 Abs 1 lit b DSGVO könnten beispielsweise schon eine Videoüberwachung oder auch eine Arbeitszeitaufzeichnung verstanden werden. In der Praxis ist daher insbesondere die Frage entscheidend, was unter der „Kerntätigkeit“ eines Unternehmens zu verstehen ist. Im Erwägungsgrund 97 der DSGVO ist zunächst dargelegt, dass sich die Kerntätigkeit eines Verantwortlichen „auf seine Haupttätigkeiten und nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten als Nebentätigkeit“ bezieht. Die Art 29-Datenschutzgruppe vertritt den Standpunkt, dass unter „Kerntätigkeit“ die wichtigsten Arbeitsabläufe betrachtet werden, die zur Erreichung der Ziele des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters erforderlich sind. Beispiele sind etwa Krankenhäuser oder private Sicherheitsunternehmen.²⁵ Nachdem die Kerntätigkeit von Bauunternehmen in der Regel wohl nicht in einer umfangreichen, regelmäßigen und systematischen Überwachung bestehen wird, sollte dieses Kriterium normalerweise auch nicht erfüllt sein.

Auch bezüglich Art 37 Abs 1 lit c DSGVO muss die Kerntätigkeit in der umfangreichen Verarbeitung von sensiblen oder strafrechtlich relevanten Daten bestehen. Dieses Kriterium wird bei der bloßen Verarbeitung von sensiblen Daten über Arbeitnehmer, deren Verarbeitung gesetzlich vorgegeben ist (wie zB Krankenstand, Arbeitsunfall), nicht erfüllt sein.²⁶ In der Regel wird nämlich die bloße Personalverwaltung – auch wenn sie sensible Daten enthält – nicht die Kerntätigkeit eines Bauunternehmens darstellen (außer bei Arbeitskräfteüberlassung).²⁷ Sofern daher nicht im Kernbereich der Tätigkeit, also bei der Erbringung von Bauleistungen, weitere umfangreiche Verarbeitungen von sensiblen Daten erfolgen, wird auch dieses Kriterium bei einem Bauunternehmen typischerweise nicht erfüllt sein.

Im Ergebnis wird daher ein Bauunternehmen im Regelfall keinen Datenschutzbeauftragten benötigen.

Sollte dennoch ein Datenschutzbeauftragter erforderlich sein, hat dieser nach Art 37 Abs 5 DSGVO über Fachwissen und Erfahrung im Bereich des Datenschutzes zu verfügen. Er ist außerdem in der Ausführung seiner Aufgaben weisungsfrei und unabhängig. Das bedeutet aber auch, dass keine Abberufung oder Benachteiligung wegen der Erfüllung seiner Aufgaben erfolgen darf und der Datenschutzbeauftragte (auch intern) einer Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegt. Als Mitarbeiter des Verantwortlichen würde er damit wohl auch einem Motivkündigungsschutz unterliegen.²⁸

7. Datenschutz-Folgenabschätzung

Eine Datenschutz-Folgenabschätzung ist ein Verfahren, anhand dessen die Verarbeitung beschrieben, ihre Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit bewertet und die Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen, welche die Verarbeitung personenbezogener Daten mit sich bringt, durch eine entsprechende Risikoabschätzung und die Ermittlung von Gegenmaßnahmen besser kontrolliert werden sollen.²⁹ Sie muss daher folgende Punkte umfassen

- Beschreibung der Verarbeitungstätigkeit;
- Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung;
- Identifikation und vorläufige Bewertung von Risiken;
- Risikominderung;
- Bewertung des verbleibenden Restrisikos.³⁰

Die Notwendigkeit, eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen, liegt nach Art 35 Abs 3 DSGVO in folgenden Fällen vor:

- systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte, die auf einer automatisierten Verarbeitung einschließlich eines Profiling begründet ist und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfaltet oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigt;
- umfangreiche Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten (sensible Daten, Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten);
- systematische Überwachung öffentlich zugänglicher Bereiche.

Zur Konkretisierung dieser eher ungenauen Formulierung hat die Art 29-Datenschutzgruppe insgesamt neun Kriterien ausgearbeitet:³¹

- **Kriterium 1:** Bewerten oder Einstufen von Daten, insbesondere Erstellen von Profilen und Prognosen, insbesondere auf der Grund-

²⁴ Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 25.

²⁵ Art 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte, Punkt 2.1.2., online abrufbar unter https://www.dsb.gv.at/documents/22758/112500/Leitlinien_in_Bezug_auf_Datenschutzbeauftragte.pdf/d241f0fd-6908-44fd-a12a-0f861e7a1dfb.

²⁶ Vgl Feiler/Horn, Umsetzung der DSGVO, 29 f.

²⁷ Vgl G. König, Der Datenschutzbeauftragte, in Knyrim, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 231 (234).

²⁸ Ségur-Cabanac, Der/die Datenschutzbeauftragte als Schlüssel für eine erfolgreiche Umsetzung des neuen Datenschutzrechts, ZTR 2017, 66 (69).

²⁹ Art 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 „wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt“, 4, online abrufbar unter https://www.dsb.gv.at/documents/22758/112500/Leitlinien_zur_Datenschutz-Folgenabschaetzung-wp248-rev-01_de.pdf/2246301e-ffbb-4a03-bf23-797fee89174e.

³⁰ Feiler/Horn, Umsetzung der DSGVO, 60.

³¹ Art 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung, 10 ff.

lage von Aspekten, die die Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben oder Interessen, die Zuverlässigkeit oder das Verhalten, den Aufenthaltsort oder Ortswechsel der Person betreffen.

- **Kriterium 2:** Automatisierte Entscheidungsfindung mit Rechtswirkung oder ähnlich bedeutsamer Wirkung.
- **Kriterium 3:** Systematische Überwachung, das sind die Verarbeitungsvorgänge, welche die Beobachtung, Überwachung oder Kontrolle von Betroffenen zum Ziel haben.
- **Kriterium 4:** Verarbeitung von vertraulichen oder höchstpersönlichen Daten. Hiermit sind die sensiblen Daten des Art 9 DSGVO sowie die personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen oder Straftaten nach Art 10 DSGVO gemeint, aber auch vertrauliche Daten im herkömmlichen Sinn des Wortes, da sie mit häuslichen und privaten Aktivitäten verknüpft sind (wie etwa die elektronische Kommunikation, deren Vertraulichkeit geschützt werden muss), sich auf die Ausübung eines der Grundrechte auswirken (wie etwa Standortdaten, deren Erfassung die Freizügigkeit in Frage stellt) oder die Verletzung derselben mit ernsthaften Konsequenzen für den Alltag des Betroffenen einhergeht (wie etwa Finanzdaten, die für den Zahlungsbetrug missbraucht werden könnten).
- **Kriterium 5:** Datenverarbeitung in großem Umfang. Die DSGVO definiert einen großen Umfang zwar nicht, allerdings liefert deren Erwägungsgrund 91 Hinweise, wonach vor allem die Anzahl der Betroffenen, die verarbeitete Datenmenge, die Dauer der Datenverarbeitung und das geografische Ausmaß der Datenverarbeitung relevant sind.
- **Kriterium 6:** Abgleichen oder Zusammenführen von Datensätzen (zB Datensätze, die aus zwei oder mehreren Datenverarbeitungsvorgängen stammen).
- **Kriterium 7:** Verarbeiten von Daten zu schutzbedürftigen Betroffenen. Dies sind etwa Kinder, Arbeitnehmer, Asylwerber etc.
- **Kriterium 8:** Innovative Nutzung oder Anwendung neuer technologischer oder organisatorischer Lösungen (beim Einsatz einer neuen Technologie, die „entsprechend dem jeweils aktuellen Stand der Technik“³² als solche einzuordnen ist).
- **Kriterium 9:** Betroffene Personen werden an der Ausübung eines Rechts oder der Nutzung einer Dienstleistung bzw der Durchführung eines Vertrages gehindert.

Erfüllt ein Verarbeitungsvorgang zwei dieser Kriterien, muss der für die Datenverarbeitung Verantwortliche in den meisten Fällen zum Schluss kommen, dass eine Datenschutz-Folgenabschätzung obligatorisch ist. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Verarbeitungsvorgang ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten von Betroffenen mit sich bringt und somit eine Datenschutz-Folgenab-

schätzung erforderlich ist, nimmt im Allgemeinen immer weiter zu, je mehr Kriterien dieser Vorgang erfüllt.³³

Auch in der Baubranche sind durchaus Beispiele denkbar, bei denen mehr als eines dieser Kriterien erfüllt wäre:

- Werden Strafregisterauszüge der Mitarbeiter eingefordert (und unter Umständen auch im Falle einer Subunternehmerkette an den eigenen Auftraggeber weitergegeben), werden vertrauliche Daten im Sinne des Kriteriums 4 über schutzbedürftige Personen im Sinne des Kriteriums 7 verarbeitet.
- Die Kriterien 3 und 7 werden etwa erfüllt sein, wenn eine Videoüberwachung von Baustellen durchgeführt wird, durch die auch Arbeitnehmer regelmäßig überwacht werden.
- Sind die Fahrzeuge der Bauleiter bzw der technischen Angestellten mit GPS-Tracking-Systemen ausgestattet und werden diese Daten auch für Bewegungsprofile ausgewertet, sind zumindest die Kriterien 1, 3, 4 und 7 erfüllt. Werden diese Daten auch noch mit den Arbeitszeitaufzeichnungen abgeglichen, um etwa deren Richtigkeit zu kontrollieren, käme zumindest auch noch das Kriterium 6 dazu.
- Werden zur Ablesung des Stromverbrauchs intelligente Messgeräte (sogenannte Smart Meter) eingesetzt, können die Messungen personenbezogene Daten enthalten, nämlich Angaben zum Energieverbrauch der Hausbewohner.³⁴ Dabei werden wohl zumindest neue Technologien im Sinne des Kriteriums 8 verwendet und eine Bewertung im Sinne des Kriteriums 1 durchgeführt.

Die Datenschutzbehörde hat nach Art 35 Abs 4 DSGVO eine sogenannte schwarze Liste zu erstellen, die konkretisiert, für welche Bereiche eine Datenschutz-Folgenabschätzung zwingend durchzuführen ist. Ebenso kann sie nach Art 35 Abs 5 DSGVO auch eine weiße Liste erstellen, die jene (typischen) Verarbeitungsvorgänge darstellt, für die keine Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich ist.³⁵ Derzeit wurden derartige Listen zwar noch nicht veröffentlicht, es ist aber zeitnah mit einer entsprechenden Veröffentlichung zu rechnen, die dann auch größere Klarheit für dieses Thema mit sich bringen wird.

8. Profiling

Art 4 Z 4 DSGVO definiert Profiling als eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, persönliche Aspekte einer natürlichen Person (insbesondere bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel) zu analysieren oder vorherzusagen.

33 Art 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung, 13.

34 A. Schwolt, Einführung intelligenter Messgeräte („Smart Meter“) im Zusammenhang mit Datenschutz und Datensicherheit, in *Jahnel*, Datenschutzrecht Jahrbuch 2014 (2014) 163 (171).

35 *Feiler/Horn*, Umsetzung der DSGVO, 62.

32 Erwägungsgrund 91 der DSGVO.

Werden beispielsweise automatisiert Daten von Mitarbeitern über Arbeitsleistung, Engagement, Fehlerhäufigkeit, Weiterbildungsbereitschaft etc. verarbeitet, die dann als Auswahlkriterien für potenzielle Beförderungen oder Versetzungen herangezogen werden, wird damit ein Profil über persönliche Aspekte erstellt.

Profiling ist nur im eingeschränkten Ausmaß zulässig und fordert in vielen Fällen eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen.³⁶

Zusammenfassung

Auch wenn die Baubranche keine typische „EDV-Branche“ ist, ist sie doch von den Neuerungen im Datenschutzrecht nicht unwesentlich betroffen. Gerade mit dem hohen Personaleinsatz geht auch eine große Menge

an – teils sensiblen – Daten einher, die entsprechend geschützt gehören.

In diesem Beitrag wurden außerdem nur jene Bereiche angesprochen, die aus Sicht der Autoren durch die typischen Spezifika der Baubranche einer gesonderten Betrachtung bedurften. Daneben gibt es aber noch weitere Verpflichtungen bzw. Punkte, die – wie dies aber für jedes andere Unternehmen in ähnlicher Weise gilt – ebenfalls zu beachten sind (wie beispielsweise Datensicherheit im Sinne des Art 32 DSGVO, Verständigungspflichten bei Datenlecks, Löschkonzepte, Informationspflichten und Betroffenenrechte).

Der zeitliche und organisatorische Aufwand, der mit der Umsetzung der DSGVO – auch in der Baubranche – verbunden ist, sollte daher nicht unterschätzt werden.

³⁶ Vgl. Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 19.

Der versteckte Baumangel und das Ungeheuer von Loch Ness – Sage oder Wirklichkeit?

Konstantin Pochmarski / Kerstin Hirn

Die erste erwähnte Sichtung des Seeungeheuers Nessie im schottischen See Loch Ness datiert in das Jahr 565 zurück. Seit 1800 gibt es zahlreiche Sichtungen von Nessie.¹ Tatsächlich gefunden oder gar eingefangen wurde Nessie freilich bis heute nicht. Ein ähnliches Schicksal teilt der sogenannte versteckte Baumangel. Er wurde immer wieder in der juristischen Lehre gesehen, aber bislang noch nicht in der Judikatur eingefangen.

1. Einleitung

P. Bydlinski vertrat schon 1986, dass die Gewährleistungsfrist erst mit der **Erkennbarkeit des Mangels** beginne, wenn ein Sachmangel im Ablieferungszeitpunkt nicht erkennbar war.² Auch *Reischauer* lehrte dies 1989 für den Fall, dass der Mangel seiner Natur nach typischerweise zur Ablieferungszeit nicht erkennbar war.³ Bald danach entschied aber der OGH mit Urteil vom 10. 10. 1990, 2 Ob 535/90,⁴ dass nach der Anordnung des § 933 Abs 1 ABGB alte Fassung über den Beginn des Laufs der Gewährleistungsfrist bei Sachmängeln kein Unterschied zwischen erkennbaren und nicht erkennbaren Mängeln gemacht werde. Dies erfolgte unter ausdrücklicher Ablehnung der zitierten Lehrmeinungen von *P. Bydlinski* und *Reischauer*.

Ständig taucht aber in der Baupraxis der Hinweis auf, dass es sich bei bestimmten Mängeln um „versteckte Mängel“ handle.⁵ An solche versteckten Mängel werden – ähnlich wie bei Nessie – fast

mystische Eigenschaften bezüglich der Gewährleistungsfrist geknüpft.

Der vorliegende Beitrag soll untersuchen, ob es in der Wirklichkeit⁶ versteckte Mängel gibt und mit welchen juristischen Auswirkungen.

2. Beginn der Gewährleistungsfrist

Wird eine Sache nicht vertragsgemäß⁷ hergestellt bzw. geliefert,⁸ liegt ein Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechts vor. Dies gibt dem Unternehmer primäre und sekundäre (Gewährleistungs-) Ansprüche.

Nach der älteren Lehre und der seit Jahrzehnten herrschenden Rechtsprechung **beginnt die Gewährleistungsfrist für Sachmängel mit der Ablieferung**⁹ zu laufen. Sie beträgt bei Bau-

⁶ Mit „Wirklichkeit“ ist hier die Judikatur gemeint: Es ist klar, dass es technisch Mängel gibt, die nicht erkennbar sind. Für den Juristen zählt aber nur die Rechtswirklichkeit, soweit die Rechtsprechung aus der Nichterkennbarkeit eines Mangels bestimmte Rechtsfolgen ableitet (zB für den Beginn oder den Lauf der Gewährleistungsfrist).

⁷ Instrukтив für viele OGH 10. 10. 1990, 2 Ob 535/90.

⁸ In der Folge wird zwischen einer Kaufsache bei einem Kaufvertrag und einem Werk bei einem Werkvertrag nicht mehr unterschieden, zumal § 1167 ABGB in der Fassung BGBl I 2001/48 seither bei der Gewährleistung zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag nicht mehr unterscheidet.

⁹ Damit ist regelmäßig jener Zeitpunkt gemeint, wenn der Unternehmer tatsächlich den Gegenstand prüfen kann. Der sachenrechtliche Eigentumsübergang nach §§ 425 ff ABGB kann in Einzelfällen abweichen; vgl. RIS-Justiz RS0020835.



Dr. Konstantin Pochmarski ist Rechtsanwalt in Graz mit dem Schwerpunkt ziviles Baurecht.



Mag. Kerstin Hirn ist Rechtsanwaltsanwärtlerin in Graz.

¹ Siehe https://en.wikipedia.org/wiki/Loch_Ness_Monster.
² *P. Bydlinski*, Zum Beginn des Fristenlaufes im Gewährleistungsrecht, RdW 1986, 235.
³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB², § 933 Rz 3a.
⁴ *Ecolex* 1991, 84 (*Wilhelm*).
⁵ Synonym wird der Begriff „verborgene Mängel“ verwendet. Die Autoren machen zwischen diesen Begriffen keinen Unterschied.