

DATENSCHUTZ

KONKRET

Recht | Projekte | Lösungen

Chefredaktion: Rainer Knyrim

Strafen in der DSGVO

Sanktionsregime der DSGVO

Jennifer Maria Held

Keine Verjährung bei Geldbußen

Ernst M. Weiss

Rechtsprechung BVwG: Strafbarkeit der juristischen Person

Thomas Schweiger

Datenschutz ist ein lebendes Konstrukt

Interview mit Peter Lohberger, Landesholding Burgenland

Praxisprojekt: datenschutzkonforme Citizen Science-Projekte (Teil 2)

Annemarie Hofer, Stefan Steininger und Iris Eisenberger

EuGH: Folgen der E Facebook für Fanpages (Teil 2)

Maximilian Kröpfl

**Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Background-Checks
bei Bewerbern**

Bernhard Maier

Erste Entscheidung der DSB zu Speicherfristen

Walter Hötzen Dorfer, Markus Kastelitz, Heidi Scheichenbauer und Christof Tschohl

Walter Hötendorfer/Markus Kastelitz/Heidi Scheichenbauer/Christof Tschohl
Senior Researcher/Senior Researcher/Senior Researcher/Wissenschaftlicher Leiter, Research Institute AG & Co KG

Erste Entscheidung der DSB zu Speicherfristen: Welche Rolle spielt die Interessenabwägung?

Besprechung von DSB-D216.471/0001-DSB/2018 und der Rechtslage außerhalb des TKG. Die Datenschutzbehörde (DSB) hat infolge der Beschwerde einer betroffenen Person ausgesprochen, dass ein Betreiber eines Telekommunikationsdiensts das Recht der Betroffenen auf Geheimhaltung dadurch verletzt hat, dass dieser personenbezogene Daten über den zulässigen Zeitraum hinaus speicherte. Gegen diese E wurde kein Rechtsmittel eingelegt, sodass sie in Rechtskraft erwachsen ist. In der Datenschutzpraxis führte diese E zu Vermutungen, die DSB würde damit eine generelle, sehr restriktive Haltung in Bezug auf legitime Aufbewahrungsdauer und -zwecke einnehmen. Der vorliegende Beitrag zeigt, warum diese E nicht verallgemeinerungsfähig ist und bei der Betrachtung dieser Themen Umsicht und Differenzierung geboten sind.

Der Sachverhalt

Die betroffene Person (und Beschwerdeführerin) stand bis 2015 in einer Kundenbeziehung mit dem Verantwortlichen (Beschwerdegegnerin), einem Betreiber eines Telekommunikationsdienstes, und richtete 2017 an diesen ein Auskunftersuchen. Dieses ergab, dass der Verantwortliche Stammdaten iSd § 92 Abs 3 Z 3 TKG sowie weitere personenbezogene Daten (wie Geburtsdatum, Geburtsort und Nationalität) auch nach Vertragsbeendigung für insgesamt zehn Jahre und Verkehrsdaten iSd § 92 Abs 3 Z 4 leg cit für sechs Monate speicherte. Der Verantwortliche berief sich zur Rechtfertigung der zehnjährigen Speicherung von Stammdaten auf § 207 Abs 2 BAO. Diese Bestimmung regelt Verjährungsfristen iZm Abgabenverfahren, wobei die längste darin normierte Frist zehn Jahre beträgt. Beschwerdegegenstand war die Frage, ob die Beschwerdegegnerin personenbezogene Daten der Beschwerdeführerin über einen gesetzlich zulässigen Zeitraum hinaus gespeichert und dadurch die betroffene Person in ihrem Recht auf Geheimhaltung verletzt hat.

Die Entscheidung

Wie die DSB zutreffend festhielt, handelt es sich bei der zehnjährigen Frist des § 207 Abs 2 BAO nicht um eine Aufbewahrungspflicht, sondern um eine Verjährungsfrist, im Gegensatz zu § 132 Abs 1 BAO, der tatsächlich eine Aufbewahrungspflicht normiert. Die DSB sprach daher aus, dass eine **Speicherung der Stammdaten** lediglich für sieben Jahre gem § 132 Abs 1 BAO zulässig ist. Dies ergibt sich aus § 97 Abs 2 TKG, wonach Stammdaten über die Beendigung

der vertraglichen Beziehungen mit dem Teilnehmer hinaus ua dann noch verarbeitet werden dürfen, wenn eine gesetzliche Verpflichtung dazu besteht. Betreffend die **sonstigen Daten**, die der Verantwortliche für zehn Jahre speicherte, sprach die Behörde aus, dass im Verfahren keine besondere gesetzliche Vorschrift ermittelt werden konnte, wonach eine längere Speicherung von personenbezogenen Daten als für den Zweck, für welchen sie ermittelt wurden, erforderlich erscheint. Auch der **Speicherung der Verkehrsdaten** für einen „pauschalen“ Zeitraum von sechs Monaten durch den Betreiber trat die DSB entgegen und sprach aus, dass diese zu löschen oder zu anonymisieren sind, sobald der Bezahlvorgang durchgeführt wurde und innerhalb einer Frist von drei Monaten die Entgelte nicht schriftlich beansprucht wurden, wie es in § 99 Abs 2 TKG ausdrücklich vorgesehen ist. Bei dieser Bestimmung handelt es sich ebenfalls um eine Aufbewahrungspflicht.¹

Die E bezog sich somit hauptsächlich auf **Daten im Anwendungsbereich des TKG**, die auf Grundlage gesetzlich genau determinierter Aufbewahrungspflichten verarbeitet wurden. Das TKG regelt die Zulässigkeit der Verwendung dieser Daten sehr detailliert. Insb ist der Zulässigkeitsatbestand des berechtigten Interesses (vgl Art 6 Abs 1 lit f DSGVO) im Anwendungsbereich des TKG nicht vorgesehen. Auch betreffend die anderen verfahrensgegenständlichen Daten, die nicht dem TKG unterliegen, brachte der Verantwortliche laut den Feststellungen der DSB offenbar nicht vor, dass er die Zulässigkeit der Verarbeitung auf Art 6 Abs 1 lit f DSGVO stütze.

Aufbewahrung von Daten außerhalb des Anwendungsbereichs des TKG

Detaillierte Regime betreffend Aufbewahrungspflichten und -fristen wie jene des TKG (welches teilweise auf unionsrechtlichem Sekundärrecht basiert, siehe zu Verkehrsdaten Art 6 ePrivacy-RL) sind die Ausnahme. Im Allgemeinen bestehen diesbezüglich keine ausdrücklichen Vorgaben, sondern ein Verantwortlicher muss selbst entscheiden, welche Daten er zum Zweck des Nachweises rechtserheblicher Tatsachen speichert und wie lange.² Es handelt sich dabei um eine Verarbeitung von Daten zu eigenständigen Zwecken,³ wie insb der Erfüllung von Nachweispflichten, darunter auch der datenschutzrechtlichen Rechenschaftspflicht (Art 5 Abs 2 DSGVO)⁴ und der Abwehr von Rechtsansprüchen, die potenziell gegenüber dem Verantwortlichen geltend gemacht werden können. In vielen dieser Fälle besteht ein gewichtiges berechtigtes Interesse des Verantwortlichen zur Verarbeitung von Daten zu diesen Zwecken.⁵ Allerdings ist zu differenzieren: Dies gilt nur für solche Daten, die für den **Nachweis rechtserheblicher Tatsachen** geeignet und tatsächlich erforderlich sein können.

Dieses **Interesse des Verantwortlichen** wird vom Gesetzgeber in besonderer Weise

¹ Arg „hat [...] Verkehrsdaten zu speichern“, „[s]ofern dies für Zwecke der Verrechnung von Endkunden- oder Vorleistungsentgelten erforderlich ist“ (§ 99 Abs 2 TKG); dazu Riesz in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG § 99 Rz 27. ² Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH mit dieser Frage bisher in zwei zur DSRL ergangenen E – am Rande – befasst: EuGH 9. 3. 2017, C-398/15, Manni, sowie EuGH 20. 12. 2017, C-434/16, Nowak. ³ Ggf handelt es sich im Speziellen um eine Weiterverarbeitung zu kompatiblen Zwecken iSd § 6 Abs 4, was aus Platzgründen nicht vertieft wird und für die weiteren Ausführungen nicht von Bedeutung ist. ⁴ Zur Problematik der Ermittlung der einschlägigen Fristen im Datenschutzrecht selbst s Hunzinger, Löschkonzepte nach der DSGVO am Beispiel von ERP-Systemen, CR 2018, 361 f. ⁵ Siehe zur „Durchsetzung von Rechtsansprüchen über außergerichtliche Verfahren“ Art 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme zum Begriff des berechtigten Interesses (WP 217) 31 f (zu Art 7 lit f DSRL).

anerkannt. So ist gem Art 9 Abs 2 lit f DSGVO selbst die Verarbeitung sensibler Daten gerechtfertigt, wenn diese zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich ist, und gem Art 17 Abs 3 lit e DSGVO entfällt bei Erforderlichkeit der Verarbeitung zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen auch das Recht auf Löschung nach Art 17 DSGVO. Dieses anerkannte Interesse des Verantwortlichen rechtfertigt uE gem Art 6 Abs 1 lit f DSGVO die für Zwecke der Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderliche Verarbeitung von Daten, sofern nicht im Einzelfall die Interessen des Betroffenen überwiegen.

Interesse des Verantwortlichen zur Verarbeitung von Daten besteht in Bezug auf den Nachweis rechts-erheblicher Tatsachen.

Käme man zu einem anderen Ergebnis, würde dies ua eine Einschränkung der Waffengleichheit vor Gericht (Art 6 Abs 1 EMRK)⁶ durch das Datenschutzrecht bedeuten und wäre insb auch in Hinblick auf das Grundrecht auf Eigentum (Art 17 GRC; Art 9 StGG; Art 1 des 1. ZP) bedenklich. Wie auch ErwGr 4 DSGVO ausführt, „[ist] das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten kein uneingeschränktes Recht; es muss [...] unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte abgewogen werden“.

Auch das in der E erwähnte Erkenntnis des VfGH⁷, der darin (insb unter Bezugnahme auf Art 8 EMRK) davon ausging, dass die weitere Aufbewahrung von personenbezogenen Daten **durch** ein sich **konkret abzeichnendes Verfahren gerechtfertigt** sein muss, also eine abstrakte Wahrscheinlichkeit einer (künftigen) Verfahrensführung für eine weitere Speicherung nicht ausreicht, widerspricht dieser Auslegung nicht, da laut VfGH eine nähere Auseinandersetzung betreffend die vorzunehmende Interessenabwägung durch den Beschwerdegegner (hier: das Bundesfinanzgericht) unterblieben sei. Das Bundesfinanzgericht habe keine zureichende Abwägung zwischen dem Interesse der Beschwerdeführerin gem Art 8 EMRK und dem öffentlichen Interesse an der Aufbewahrung (Nichtvernichtung) der Unterlagen (Papierakte) über das Privatleben der Beschwerdeführerin (aus verfassungsrechtlicher Perspektive) vorge-

nommen. So sei nicht dargetan worden, ob noch ein entsprechendes Verfahren anhängig war oder nicht. Zudem habe das Bundesfinanzgericht nicht näher ausgeführt, inwiefern derartige Verfahren zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesfinanzgerichts überhaupt eine Notwendigkeit zur Aufbewahrung der Unterlagen betreffend das Privatleben der Beschwerdeführerin gem Art 8 EMRK noch begründen könnten.

Die Interessenabwägung muss mögliche Ansprüche, deren Geltendmachung und das Ausmaß der Beeinträchtigung des Betroffenen berücksichtigen.

In der Interessenabwägung sind insb

- einerseits die Tragweite möglicher Ansprüche und die Wahrscheinlichkeit für deren Geltendmachung
- und andererseits das Ausmaß der Beeinträchtigung der Belange der betroffenen Person durch eine weitere Speicherung einzubeziehen.⁸

Zu berücksichtigen ist auch, dass eine (frühzeitige) Löschung von Daten durch den Verantwortlichen auch die betroffene Person negativ tangieren kann (siehe zB die Speicherpflicht bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens in § 99 Abs 2 Z 3 TKG).⁹

Auch die **zulässige Aufbewahrungsdauer** bemisst sich nach den oben genannten Gesichtspunkten. Wie sich aus dem Grundsatz der Speicherbegrenzung gem Art 5 Abs 1 lit e DSGVO ergibt, müssen die Frist bzw die Kriterien, nach denen sich der Zeitpunkt der Löschung bestimmt, auf das für die Verarbeitungszwecke unbedingt erforderliche Mindestmaß beschränkt sein.¹⁰ Gesetzlich festgelegte Fristen, wie zB die im gegenständlichen Verfahren vorgebrachte Verjährungsfrist,¹¹ wirken sich mittelbar auf die Festlegung der Aufbewahrungsdauer aus. Wie bereits oben ausgeführt, darf jedoch aus einer Verjährungsfrist eo ipso nicht – ohne Durchführung einer Interessenabwägung – die Zulässigkeit der Aufbewahrung von Daten abgeleitet werden.

Zu bedenken ist auch, dass bei einer Datenverarbeitung nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO die betroffene Person das Recht hat, der Verarbeitung nach Art 21 DSGVO zu widersprechen. Bei einem **Widerspruch** hat der Verantwortliche die Daten zu lö-

schen, es sei denn, er kann zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen.

Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist zu berücksichtigen, dass Betroffene ihr Widerspruchsrecht innerhalb offener Verjährungsfrist **bewusst ausnützen** könnten, um gegen den Verantwortlichen ein Verfahren anzustrengen, in dem sich dieser mangels Beweismittel nicht mehr effektiv gegen zu Unrecht erhobene Ansprüche zur Wehr setzen kann.

Ein **Beispiel:** Es könnten Stellenbewerber, die den Zuschlag nicht erhalten haben, beim ausschreibenden Arbeitgeber die Löschung ihrer Bewerbungsdaten innerhalb offener Anfechtungsfrist von sechs Monaten gem §§ 15, 29 GIBG fordern. Falls der Arbeitgeber dem nachkommen müsste, könnte er im Fall einer Beschwerde wegen Ungleichbehandlung uU nicht mehr beweisen, dass die betroffene Person die Stelle aufgrund sachlicher Kriterien nicht erhalten hatte.

Unverzüglichkeit der Löschung

In Bezug auf die Verkehrsdaten ist noch zu erwähnen, dass es zwar im Hinblick auf Postlauf und interne Prozesse nicht sachgerecht erscheinen mag, eine Speicherung strikt nur im Ausmaß der ausdrücklich normierten Speicherdauer von drei Monaten „bzw entsprechend der im TKG normierten Einspruchsfrist“ zuzulassen, aber auch hier sind die Besonderheiten im Anwendungsbereich des TKG zu bedenken, insb dass eine Verarbeitung nicht durch ein berechtigtes Interesse legitimiert werden kann.

Zudem ist nach hM dem Verantwortlichen auch bei gesetzlichen Aufbewahrungs- bzw Löschpflichten nach dem Verstreichen der Frist ein gewisser Zeitraum für die tatsächliche Durchführung der Löschung eingeräumt, innerhalb dessen die Löschung noch als unverzüglich gilt, um ihm eine praktikable Gestaltung der Löschprozesse zu ermöglichen.¹²

⁶ Vgl Grabenwarter, EMRK⁶ § 24 Rz 67. ⁷ 12. 12. 2017, E 3249/2016. ⁸ Vgl Herbst in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDGS² Art 17 Rz 19. Zum (bisherigen) Meinungsstand in Deutschland siehe insb Hunzinger, Löschkonzepte, CR 2018, 357, sowie Kühling/Klar, ZD 2014, 506. ⁹ Die Aufbewahrung bis zum Abschluss des Verfahrens soll insb verhindern, dass der Betreiber durch vorzeitiges Löschen die Nachweise der streitrelevanten Daten vernichtet und damit dem Betroffenen (prozessual) schadet, so Riesz in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG § 99 Rz 27. ¹⁰ Vgl ErwGr 39 Seite 8. ¹¹ Vgl Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO Art 17 Rz 166. ¹² Hunzinger, Löschkonzepte, CR 2018, 363f mwN; Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO Art 17 Rz 51ff; Herbst in Kühling/Buchner, DS-GVO Art 17 Rz 47 mwN. Dafür spricht auch die Erwähnung einer regelmäßigen Überprüfung in ErwGr 39 Seite 10. Vgl idS auch § 4 Abs 2 DSG.

Resümee

Die gegenständliche E bezog sich iW auf den Anwendungsbereich des TKG, das detaillierte Regelungen betreffend Aufbewahrungspflichten und -fristen kennt, nicht jedoch die Möglichkeit, die Verarbeitung von Daten durch ein berechtigtes Interesse zu legitimieren. Abseits des TKG kann jedoch uE in vielen Fällen, in denen keine ausdrückliche Löschpflicht besteht, auf Grundlage einer fundierten Interessenabwägung im Einzelfall argumentiert werden, dass valide Gründe für eine (weitere) Aufbewahrung

erforderlicher personenbezogener Daten bestehen.

Als ein **Beispiel** sei die Aufbewahrung von Verhandlungsentwürfen individuell ausverhandelter Projektverträge samt dem E-Mail-Verkehr zwischen den Vertragsparteien genannt, anhand derer nachvollziehbar ist, wer wann welche Vertragsklausel eingeführt bzw. abgeändert hat (siehe § 915 ABGB).

PRAXISTIPP

- Das berechtigte Interesse zur Geltendmachung, Ausübung oder

Verteidigung von Rechtsansprüchen kann gem Art 6 Abs 1 lit f DSGVO die Aufbewahrung von Daten für diese Zwecke legitimieren.

- In diesen Fällen sollte sowohl zur Darlegung der Rechtfertigung der Verarbeitung als auch zur Erfüllung der Informationspflichten nach Art 13 f DSGVO eine präzise schriftliche Argumentation der berechtigten Interessen vorliegen.

Dako 2018/66

Zum Thema

Über die Autoren

Dipl.-Ing. Dr. iur. Walter Hötzendorfer, Dr. iur. Heidi Scheichenbauer und Mag. iur. Markus Kastelitz, LL. M., CIPP/E, sind Senior Researcher im Research Institute – Digital Human Rights Center in Wien.

E-Mail: walter.hoetzendorfer@researchinstitute.at, heidi.scheichenbauer@researchinstitute.at, markus.kastelitz@researchinstitute.at

Ing. Dr. iur. Christof Tschohl ist Wissenschaftlicher Leiter des Research Institute.

E-Mail: christof.tschohl@researchinstitute.at

Hinweis

Kurz vor Drucklegung dieses Beitrags wurde zu Art 17 Abs 3 lit e DSGVO eine E (DSB 27. 8. 2018, DSB-D123.085/0003-DSB/2018, in diesem Heft *Haidinger/Weiss* Seite 117) veröffentlicht, welche die in diesem Beitrag vertretenen Wertungen bestätigt. Darin hat die DSB einen Rechtsanspruch, der gegenüber dem Verantwortlichen innerhalb eines konkreten Zeitraums geltend gemacht werden könnte, jedoch nicht geltend gemacht wurde und für dessen tatsächliches Bestehen (hier Verstoß gegen das GIBG) auch keine Anhaltspunkte vorliegen, als „konkreten Anspruch“ anerkannt, der gem Art 17 Abs 3 lit e die Löschpflicht ausschließt.