

## Datenschutz-Grundverordnung

Anwendungsbereich – Ausnahmen

Rechtwidrig erlangte Beweismittel

„Aktive“ Host-Provider

Urheberrecht: Haftungsprivileg?

Recht smart –

Tatütata, die E-Post ist da?!

Exekutionsdaten

Elektronische Abfrage

GeschäftsgeheimnisRL

Update

Novelle Arbeitszeitrecht

Wer ist ausgenommen?

Jahresurlaub – Grundrecht

Drittwirkung – EU Charta

# Ausnahmen vom Anwendungsbereich der DSGVO

*Das Internet vergisst nicht. Dem wollte der EuGH mit seinem Urteil „Google Spain“ den Riegel verschieben.<sup>1)</sup> Seit dieser richtungsweisenden E berufen sich Betroffene vermehrt auf ihr Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“). Das wurde durch die seit 25. 5. 2018 anwendbare DSGVO weiter angefeuert, die zu einer Flut an Betroffenenanfragen geführt hat.<sup>2)</sup> Gegen den Trend ergingen zuletzt zwei E, die das Löschungsrecht nach Art 17 DSGVO verneinen.<sup>3)</sup> Ob dies gerechtfertigt ist, wird im Folgenden kritisch hinterfragt.*

## *Erste Einzelfallentscheidungen zum Löschungsrecht*

ALEXANDRA CIARNAU

### **A. Das Recht auf Urteilsanonymisierung**

Ausgangspunkt für eine sehr kontroverielle OGH-E<sup>4)</sup> ist folgender SV: Der Eigentümer eines Pkw vermeinte, sein Auto wegen einer im RIS veröffentlichten erstinstanzlichen E nicht verkaufen zu können.<sup>5)</sup> Kaufinteressenten würden den Wagen über die im Urteil veröffentlichte Fahrgestellnummer mit einer Abgabenhinterziehung in Verbindung bringen.<sup>6)</sup> Der Pkw wurde nämlich vom Voreigentümer nicht korrekt verzollt. Unter Berufung auf die DSGVO begehrte der neue Eigentümer die Anonymisierung der Fahrgestellnummer, um den Makel zu beseitigen. Der OGH lehnte jedoch auf Basis von § 15 Abs 5 OGHG die Schwärzung der Fahrgestellnummer ab.<sup>7)</sup> Es handle sich um keine in § 15 Abs 4

Mag. *Alexandra Ciarnau* ist Rechtsanwaltsanwältin im IT/IP- und Datenschutzteam von DORDA Rechtsanwälte mit Schwerpunkt auf Datenschutz-, IP- und E-Commerce-Recht.

- 1) EuGH 13. 5. 2014, C-131/12, *Google Spain und Google*.
- 2) *Schelling/Ciarnau*, Was bei Datenschutzbeschwerden zu tun ist, Der Standard 2018/43/01.
- 3) OGH 13. 8. 2018, 14 Os 103/02; DSB 13. 8. 2018, D123.077/0003-DSB/2018.
- 4) OGH 13. 8. 2018, 14 Os 103/02.
- 5) *Aichinger*, DSGVO löscht Urteilsinhalt nicht, Die Presse 2018/41/06.
- 6) Der OGH hat die gegen das Urteil des LG für Strafsachen Wien v 5. 6. 2002, AZ 124 Hv 42/02 h, gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschluss abgewiesen. In der RechtsmittelE wurden der SV und der Ausspruch des Ersturteils gem § 260 Abs 1 Z 1 StPO und damit die Fahrgestellnummer auszugsweise wiedergegeben.
- 7) OGH 13. 8. 2018, 14 Os 103/02.

OGHG aufgelistete Information (dh Name, Anschrift oder Orts- und Gebietsbezeichnungen, die Rückschlüsse auf die betreffende Rechtssache zulassen). Weiters beauskunftete der OGH den ASt im Beschluss selbst negativ über sein Löschbegehren nach Art 17 Abs 1 lit a DSGVO. Das HöchstG behauptete ohne Begründung einen fehlenden Personenbezug der Fahrgestellnummer und lehnte damit die Anwendbarkeit der DSGVO pauschal ab. Die als Abweisungsgrund aufgestellte Behauptung, „Die in der Entscheidung veröffentlichte Fahrgestellnummer (...) stellt weder (...) noch ein den Antragssteller betreffendes personenbezogenes Datum iSd Art 4 Z 1 DSGVO dar; (...)“ ist angesichts der weiten Auslegung des *personenbezogenen Datums* nach der DSGVO durchaus hinterfragenswert:

### 1. Umfang des Personenbezugs – Gesetzliche Grundlagen

In Österreich besteht, abgesehen von der verkürzten E, noch keine Judikatur zur datenschutzrechtlichen Einordnung der Fahrgestellnummer eines Kfz. Nach der Definition des Art 4 Z 1 DSGVO sind alle Informationen personenbezogen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen.<sup>8)</sup> Über die Fahrgestellnummer wird zwar nicht unmittelbar eine Person bezeichnet. Zu prüfen ist aber, ob eine Identifizierbarkeit von Personen über das Datum bzw durch Verknüpfung mit weiteren Informationen möglich ist.<sup>9)</sup> Als Beispiele einer direkten oder indirekten Identifizierung nennt Art 4 Z 1 DSGVO die „Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung, oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind“.<sup>10)</sup> Der Personenbezug kann also über Kennungen erfolgen, die zur zweifelsfreien Bezeichnung eines Menschen herangezogen werden können. Darunter fallen bspw numerische Zeichenketten wie Personalausweisnummer, Steuer-ID, Kfz-Kennzeichen, Bankverbindungen, Personen- und Kundennummern.<sup>11)</sup> Auch wenn eine Kennung alleine die Ermittlung einer Person nicht ermöglicht, kann die Identifizierbarkeit über eine Kombination mehrerer Elemente möglich sein.<sup>12)</sup>

### 2. Die Fahrgestellnummer als personenbezogenes Datum

Auf Basis der dargelegten rechtlichen Rahmenbedingungen ist es daher im Gegensatz zur OGH-E naheliegend, die Fahrgestellnummer auch als zur Identifizierung geeignete Kennung zu qualifizieren. Es handelt sich dabei um eine genormte Nummernkette, die nach § 27 KFG bei serienmäßig erzeugten Fahrzeugen *individuell* festgesetzt wird.<sup>13)</sup> Die Nummer wird daher nur einmal vergeben, um die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit der genehmigten Type zu bestätigen und die technischen Daten eines Fahrzeugmodells zu erkennen.<sup>14)</sup> Damit weist die Fahrgestellnummer auf den ersten Blick den Charakter eines Sachdatums auf.<sup>15)</sup> Durch die verpflichtende Ein-

tragung der Fahrgestellnummer im Typenschein nach § 30 KFG ist aber eine Rückführbarkeit auf den Halter des Fahrzeugs möglich. Demnach ist das Sachdatum auch zur Identifikation einer Person geeignet. Nach dem kontextbezogenen Ansatz des Europäischen Datenschutzausschusses (ehemalige „Art-29-Datenschutzgruppe“) ist die Fahrgestellnummer bei richtiger Subsumtion damit aber auch personenbezogen.<sup>16)</sup>

Im Übrigen sind nach der öRsp Kfz-Kennzeichen als personenbezogene Daten qualifiziert.<sup>17)</sup> Kfz-Kennzeichen lassen ebenso wie die Fahrgestellnummer erst über eine Abfrage eine Verknüpfung zum Halter des Fahrzeugs als natürliche Person zu. Für die Fahrgestellnummer muss daher das Gleiche gelten.

Auch ein Blick nach Deutschland führt zum gleichen Ergebnis: In Deutschland sind das Kennzeichen eines Fahrzeugs, die Fahrzeug-Identifizierungsnummer und die Fahrzeugbriefnummer allerdings qua gesetzlicher Fiktion nach § 45 StVG immer personenbezogen. Die dt Praxis geht nach Abstimmung mit den unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder sowie dem Verband der Automobilindustrie schließlich sogar einen Schritt weiter, indem sie auch übliche Fahrzeugdaten in Verknüpfung mit dem Kfz-Kennzeichen oder der Fahrzeug-Identifikationsnummer als personenbezogen behandelt.<sup>18)</sup> Da die Fahrgestellnummer auf der VO (EU) 19/2011 beruht und somit europaweit denselben Zweck verfolgt, ist vor dem vereinheitlichten Hintergrund

8) „Alle Informationen“ iSv Art 4 Z 1 DSGVO ist grds weit zu verstehen. Vgl hierzu *Klar/Kühling* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG<sup>2</sup> (2018) Art 4 Rz 8.

9) *Klar/Kühling* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG<sup>2</sup> Art 4 Rz 19.

10) Dabei sind alle Mittel zu berücksichtigen, die vom Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden, um Personen zu identifizieren. Vgl hierzu ErwGr 26 DSGVO; *Klar/Kühling* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG<sup>2</sup> Art 4 Rz 21.

11) BVwG 4. 4. 2017, W101 2016270-1; DSB 7. 6. 2018, DSB-D202.207/0001-DSB/2018; *Gruber*, Die Datenschutz-Grundverordnung im Überblick, ASoK 2017, 243 FN 8.

12) *Ziehbath* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> (2018) Art 4 Rz 17 f.

13) Die Fahrzeugidentifizierungsnummer („FIN“) wird in Österreich auch „Fahrgestellnummer“ genannt und wurde durch VO 76/114/EWG im Jahr 1981 (aktuell ersetzt durch VO [EU] 19/2011) eingeführt.

14) Vgl § 27 KFG.

15) Sachdaten beziehen sich auf eine Sache und beschreiben diese (zB Leistungsfähigkeit eines Pkw, Hausnummer, die das einzelne Grundstück individualisiert). Damit sind Daten idR keine personenbezogenen Daten. Sie können aber zugleich als personenbezogenes Datum qualifiziert werden, wenn sie sich zur Beschreibung ihrer individuellen Verhältnisse eignen. Vgl *Schild* in *Wolff/Brink*, BeckOK Datenschutzrecht<sup>25</sup> Art 4 DSGVO Rz 22 (Stand 1. 2. 2018, beck-online.de).

16) Zum Zweckelement von Sachdaten vgl *Art-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, 01248/07/ DE WP 136, 10 ff.

17) Vgl FN 11.

18) Gemeinsame Erklärung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder und des Verbandes der Automobilindustrie (VDA) v 26. 1. 2016 ([www.vda.de/de/themen/innovation-und-technik/vernetzung/gemeinsame-erklarung-vda-und-datenschutzbehoerden-2016.html](http://www.vda.de/de/themen/innovation-und-technik/vernetzung/gemeinsame-erklarung-vda-und-datenschutzbehoerden-2016.html) [abgefragt am 30. 11. 2018]).

der DSGVO eine gleiche Wertung auch für Österreich naheliegend.

### 3. Recht auf Anonymisierung?

Auf Basis der gebotenen Einordnung der Fahrgestellnummer als personenbezogenes Datum hätte der OGH das Lösungsbegehren nach Art 17 Abs 1 lit a DSGVO mit der Erforderlichkeit der Veröffentlichung des Beschlusses im RIS nach § 15 Abs 1 und Abs 2 OGHG abwägen müssen. Auf der einen Seite steht nämlich das Geheimhaltungsinteresse, auf der anderen Seite erfolgt die Publikation von Urteilen im RIS zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung nach Art 6 Abs 1 lit c DSGVO. Die Veröffentlichung kann nach Art 6 Abs 3 DSGVO iSd Präjudizfunktion und der Stärkung des Rechtsstaatlichkeitsprinzips im öffentlichen Interesse stehen.<sup>19)</sup>

Die gebotene Interessenabwägung kommt auch im § 15 Abs 4 OGHG zum Ausdruck: Demnach ist einerseits eine Anonymisierung geboten; andererseits darf dadurch die Nachvollziehbarkeit der E nicht verloren gehen.

Dementsprechend haben die Gerichte bei Anwendung ihrer Veröffentlichungspflicht auch die Ansprüche der Betroffenen auf Geheimhaltung ihrer personenbezogenen Daten iSd § 1 DSG zu berücksichtigen und die Interessen gegeneinander abzuwägen. Im konkreten Fall würde die Nachvollziehbarkeit der E durch Anonymisierung der Fahrgestellnummern nicht verloren gehen. Demgegenüber hat der Betroffene ein Interesse an der Geheimhaltung des SV, da er dazu geeignet ist, ein falsches Bild über ihn als Inhaber und Verkäufer des inkriminierten Fahrzeugs zu vermitteln. Daher hätte der OGH mE die Fahrgestellnummern auch in Entsprechung mit Art 17 Abs 1 lit a DSGVO anonymisieren müssen und sich bei der Veröffentlichung nicht auf die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung stützen können. Die Wahrung des Öffentlichkeitsprinzips kann schließlich auch durch Veröffentlichung ohne Offenlegung der konkreten Fahrgestellnummer erzielt werden.

## B. Das Recht auf Löschung von Diskussionsbeiträgen

Eine weitere brisante E<sup>20)</sup> zum Anwendungsbereich der DSGVO erging zum „*Medienprivileg*“: Die DSB hat diese Ausnahbestimmung erstmals unter dem Blickwinkel der DSGVO angewendet und dabei überraschend weit ausgelegt.<sup>21)</sup>

Der Betroffene nutzte ein Diskussionsforum eines Medienunternehmens, um Presseartikel zu kommentieren. Später beehrte er die Löschung seiner Beiträge. Der Betreiber der Website verneinte unter Berufung auf das Medienprivileg eine Lösungsverpflichtung.<sup>22)</sup> Die punktuelle Löschung würde zu einer verzerrten Darstellung der Diskussion führen. Damit würde in die Rechte auf Meinungsäußerung und Informationsfreiheit eingegriffen werden. Der Betroffene legte dagegen Beschwerde bei der DSB ein. Die Behörde folgte der Ansicht des Online-Forums: Im konkreten Fall würde das Medienprivileg

nach § 9 DSG iVm Art 85 Abs 2 DSGVO greifen. Nach dem zweckgebundenen Verständnis des Gesetzgebers beschränke § 9 DSG das Privileg auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für journalistische Zwecke durch Medieninhaber, Herausgeber und Medienmitarbeiter oder Arbeitnehmer eines Medienunternehmens oder Mediendiensts. Das vorliegende Online-Forum zähle zum privilegierten Kreis nach § 9 DSG. Im Lichte der Rsp des EuGH<sup>23)</sup> und der in ErwGr 153 DSGVO beabsichtigten weiten Auslegung des Begriffs „*Journalismus*“ umfasse die journalistische Tätigkeit auch den sog „*Bürgerjournalismus*“ in Internet-Diskussionsforen und somit die Postings des Betroffenen. Daher schließe § 9 DSG die Anwendung der Betroffenenrechte – somit auch das Lösungsrecht – aus. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Mit dem Bekenntnis zu einer weiten Auslegung des Begriffs „*zu journalistischen Zwecken*“ ist die E für die Praxis durchaus begrüßenswert und tatsächlich auch iS des europäischen Gesetzgebers.<sup>24)</sup> Die DSB lässt aber einen rechtlich relevanten Aspekt offen: Sie geht nicht auf den „*Vorbehalt der Erforderlichkeit*“ ein. Damit drängt sich insb die Frage auf, ob eine Interessenabwägung zwischen dem Grundrecht auf Meinungsäußerung und Informationsfreiheit einerseits und dem Grundrecht auf Datenschutz andererseits für die Anwendung der Ausnahme zwingend durchzuführen ist und welche Kriterien dabei zu berücksichtigen wären.

### 1. Eine Ausnahbestimmung unter Vorbehalt

Das Medienprivileg gilt nämlich nicht absolut, sondern steht unter dem Vorbehalt der „*Erforderlichkeit*“.<sup>25)</sup> Nach § 9 Abs 2 DSG bzw Art 85 Abs 2 DSGVO greift es nur insoweit, als es „*erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen*“. Dabei ist nach den Mat zum DSG auch das Grundrecht auf Datenschutz zu berücksichtigen.<sup>26)</sup> Nach dem ErwGr 153 DSGVO ist die Prüfung der Erforderlichkeit durch eine Interessenabwägung zwischen

19) Thiele, Anonymisierung in RIS-Justiz, jusIT 2016, 30.

20) DSB 13. 8. 2018, D123.077/0003-DSB/2018.

21) Schmidl, 100 Tage DSGVO aus Sicht der Datenschutzbehörde, DSB Newsletter 4/2018, 3; Lippe, Weite Auslegung des Medienprivilegs, Der Standard 2018/40/01.

22) Sofern die Ausnahme greift, finden nach § 9 Abs 1 DSGVO die Bestimmungen des DSG sowie von der DSGVO die Kapitel II (Grundsätze), III (Rechte der betroffenen Person), IV (Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter), V (Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen), VI (Unabhängige Aufsichtsbehörden), VII (Zusammenarbeit und Kohärenz) und IX (Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen) keine Anwendung.

23) EuGH 16. 12. 2008, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*, Rz 62; vgl sinngemäß *Suda/Veigl in Gantscher/Jelinek/Schmidl/Spanberger*, Datenschutzgesetz! § 9 Rz 3.

24) Vgl FN 25.

25) Pichler, Das Medienprivileg im neuen Datenschutzrecht, MR 2017, 255 (257).

26) Vgl 322/ME 25. GP Erläut 13 zu § 27.

den Grundrechten des Betroffenen und des Verantwortlichen vorzunehmen. Nach einigen Lehrmeinungen müsse dabei sogar sichergestellt werden, dass die Abwägung im Einzelfall ergebnisoffen erfolgt.<sup>27)</sup>

Damit gilt die Ausnahme des Medienprivilegs nicht – wie dies die vorliegende E auf den ersten Blick suggeriert – generell für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu journalistischen Zwecken. Es müssen vielmehr die konkreten Interessen gegeneinander abgewogen werden, um die Erforderlichkeit der Anwendung und das Ausmaß des Medienprivilegs evaluieren zu können.

## 2. Kriterien der Interessenabwägung

Welche Kriterien im Rahmen der Interessenabwägung anzuwenden sind, gibt die DSGVO nicht vor.<sup>28)</sup> Neben den nationalen Bestimmungen und der Rsp haben sich die MS jedenfalls auch an der Rsp des EuGH zu orientieren. So sind sie bei der Durchführung von Unionsrecht (zB bei der Inanspruchnahme von Öffnungsklauseln wie Art 85 DSGVO) auch an die Grundrechte-Charta gebunden.<sup>29)</sup> Dies muss umso mehr gelten, wenn sie ihre in Übereinstimmung mit dem EU-Recht erlassenen nationalen Bestimmungen auch anwenden.

Aus der EuGH-Rsp zur Veröffentlichung von personenbezogenen Daten lassen sich folgende Kriterien für die Interessenabwägung ableiten:<sup>30)</sup>

- Sicherstellung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen den betroffenen Rechten. Diese Verpflichtung obliegt den nationalen Behörden und Gerichten.
- Die Begriffe wie etwa der „*Journalismus*“ sind grds weit auszulegen. Die Einschränkung in Bezug auf den Datenschutz ist aber auf das absolut Notwendige zu beschränken.
- Bei der Abwägung der Interessen auf Informationsfreiheit und Datenschutz ist insb die Art der Information zu berücksichtigen, ihre Sensibilität im Hinblick auf das Privatleben des Betroffenen und das Interesse der Öffentlichkeit am Zugang zur Information.
- Das öffentliche Interesse an der Information variiert je nachdem, ob der Betroffene eine Rolle im öffentlichen Leben inne hat oder nicht.

Zur Abwägung können zudem auch Anhaltspunkte aus der Rsp des EGMR zu Art 10 Abs 2 EMRK herangezogen werden. Da sich der EuGH aber bislang nur punktuell auf die Rsp des EGMR bezieht, ist diesbezüglich Zurückhaltung geboten.<sup>31)</sup>

## 3. Recht auf Löschung?

Nach Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen und hM hätte die DSB in ihrer E auch die Interessenabwägung zwischen den Grundrechten der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit und auf Datenschutz des Betroffenen durchführen und offenlegen müssen. Ob diese ein Überwiegen des Interesses an der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit ergeben hätte, lässt sich ohne Detailinformationen zu den konkreten Inhalten nicht beurteilen. Sofern die Kommentarinhalte aber keine sensiblen Informationen enthalten und durchaus aktuell sind,

wird die Abwägung nach den oben dargestellten Kriterien tendenziell zugunsten des Verantwortlichen ausfallen.

Insgesamt wäre es wünschenswert gewesen, hätte sich die DSB mit den aufgezeigten dogmatischen Punkten und der Interessenabwägung auseinandergesetzt. Schließlich greift die Ausnahme des Medienprivilegs nicht per se, sondern eben nur, wenn überwiegende Interessen des nach § 9 DSGVO Privilegierten vorliegen. Mangels der Aufarbeitung der Vorfragen bleiben damit wesentliche Aspekte ungeklärt. Verantwortliche tragen im Ergebnis immer noch das vorab schwer abschätzbare Risiko, ob das Medienprivileg aufgrund der Erforderlichkeit greifen kann oder nicht.

## C. Fazit

Die zwei besprochenen E zum Lösungsrecht fallen zwar im Ergebnis zugunsten der Verantwortlichen aus. Dennoch ist die damit einhergehende Einschränkung der Betroffenenrechte aufgrund der oben dargestellten Überlegungen durchaus kritisch. Anders als vom OGH angenommen ist davon auszugehen, dass die Fahrgestellnummer ein personenbezogenes Datum ist.

Weiters hätten auch die Überlegungen der DSB zur Interessenabwägung bei der Beurteilung des Vorliegens des Medienprivilegs in ihrer E abgebildet werden sollen. Den damit noch offenen Auslegungsfragen werden sich die Behörden und Gerichte – letztlich wohl der EuGH – in Zukunft noch stellen müssen, um eine sichere Rechtsanwendung gewährleisten zu können.

27) Pichler, MR 2017, 255 (257); Kühling/Buchner, DS-GVO (2017) Art 82 Rz 17, 18.

28) Pauly in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG<sup>2</sup> Art 85 Rz 13.

29) Schiedermaier in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung<sup>2</sup> Art 85 Rz 9.

30) EuGH 6. 11. 2003, C-101/01, Lindqvist, Rz 72–90; 16. 2. 2008, C-73/07 Rz 54 ff; 13. 5. 2014, C-131/12, Google Spain und Google, Rz 73 ff; 8. 4. 2014, C-293/12, Digital Rights Ireland Ltd.

31) Schiedermaier in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung<sup>2</sup> Art 85 Rz 14; anders aber Pichler, MR 2017, 255 (257).