

# DATENSCHUTZ

## KONKRET

**Recht | Projekte | Lösungen**

Chefredaktion: Rainer Knyrim

### **Kundendatenverarbeitung**

**Datenschutzrecht ist ein Kern-Verbraucherrecht**

*Interview mit Petra Leupold, VKI*

**Datenschutz beim jö Bonus Club**

*Igor Milojkovic und Robert Neundlinger*

**Checkliste CRM und Datenschutz**

*Hans-Jürgen Pollirer*

**Webseiten auf Inhalte von Drittanbietern prüfen**

*Michael Löffler*

**Metaverse – Datenschutz-Dystopie oder DSGVO-konform?**

*Gerald Trieb und Paul Reisinger*

**Schadenersatz ohne Schaden nach Art 82 DSGVO**

*Thomas Schweiger und Michael Schweiger*

**Eine unbemerkte Änderung: § 160 Abs 1 TKG**

*Rainer Knyrim und Sabrina Ehmair-Breitwieser*

**Muss das wirklich alles weg? Recht auf Löschung**

*Theresia Leitinger*

Theresia Leitinger

Rechtsanwältin in der Kanzlei Dr. Leitinger und Dr. Leitinger Rechtsanwälte

## Muss das wirklich alles weg? Das Recht auf Löschung in der Praxis

**Recht auf Löschung; Aufbewahrung; Widerruf; Widerspruch.** Das Recht auf Löschung ist das schärfste Betroffenenrecht, es zielt auf die endgültige Beendigung der Verarbeitung ab. Es ist nach der ratio legis nicht nur Ausfluss der Grundsätze der DSGVO, sondern auch Ergebnis eines erfolgreich durchgeführten Widerspruchs oder eines Widerrufs der Einwilligung. Die Stellung des Löschrungsrechts überwiegt auch über die Bedeutung des Auskunftsrechts, das als „vorgelagertes“ Recht des Betroffenen, Löschung überhaupt begehren zu können, anzusehen ist. Auch wenn das Recht auf Löschung in § 1 Abs 3 DSG und in der GRC nicht so „prominent“ vertreten ist wie das Recht auf Auskunft, ist eigentlich das Löschrungsrecht ein Katalysator, der Verarbeitungsvorgänge beendet, die nicht (mehr) von einer Rechtsgrundlage der DSGVO gedeckt sind. Dieser Beitrag befasst sich mit dem richtigen Umgang von Löschrungsbegehren aus Sicht des Verantwortlichen.

### Voraussetzungen für die Löschung

Art 17 Abs 1 DSGVO normiert das Recht auf Löschung, wonach der Betroffene das Recht hat, die unverzügliche Löschung seiner personenbezogenen Daten zu fordern, wenn einer von sechs Voraussetzungen erfüllt ist:

- lit a) die personenbezogenen Daten sind für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig;
- lit b) die betroffene Person widerruft die Einwilligung, auf die sich die Verarbeitung gem Art 6 Abs 1 lit a oder

Art 9 Abs 2 lit a stützte, und es fehlt an einer anderweitigen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung;

- lit c) die betroffene Person legt gem Art 21 Abs 1 Widerspruch gegen die Verarbeitung ein, und es liegen keine vorrangig berechtigten Gründe für die

Verarbeitung vor, oder die betroffene Person legt gem Art 21 Abs 2 Widerspruch gegen die Verarbeitung ein;

- lit d) die personenbezogenen Daten wurden **unrechtmäßig verarbeitet**;
- lit e) die Löschung der personenbezogenen Daten ist zur **Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung** nach dem Unionsrecht oder dem Recht der MS **erforderlich**, dem der Verantwortliche unterliegt;
- lit f) die personenbezogenen Daten wurden in Bezug auf angebotene Dienste der Informationsgesellschaft gem Art 8 Abs 1 erhoben.

Ist einer der Tatbestände des Art 17 Abs 1 DSGVO erfüllt, entsteht sowohl ein **Anspruch des Betroffenen auf Geltendmachung des Lösungsrechts** als auch eine **Verpflichtung des Verantwortlichen**, selbständig tätig zu werden. Dies bedeutet, dass kein Antrag eines Betroffenen notwendig ist, die Daten sind **eigenverantwortlich** zu löschen. Dies ergibt sich auch aus den **Grundsätzen der DSGVO** der Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit und Speicherbegrenzung.<sup>1</sup> Art 17 Abs 1 DSGVO verpflichtet den Verantwortlichen nach seinem Wortlaut auch ausdrücklich dazu: „[...] und der Verantwortliche ist verpflichtet [...].“ Die Norm richtet sich somit gleichsam an den Verantwortlichen und den Betroffenen.<sup>2</sup>

In praxi von besonderer Bedeutung für ein **Entstehen der Lösungsverpflichtung** sind die Zweckerreichung (Art 17 Abs 1 lit a DSGVO), Widerruf der Einwilligung (lit b), Widerspruch gegen die Verarbeitung (lit c) sowie unrechtmäßige Verarbeitung (lit d).

### Lösungsanspruch bei rechtswidriger Verarbeitung

Die Lösungsansprüche der Art 17 Abs 1 lit a, b und d DSGVO beziehen sich auf eine **rechtswidrige Speicherung bzw Verarbeitung** personenbezogener Daten. Die Vielzahl an Entscheidungen, die eine unrechtmäßige Weiterverarbeitung von Daten aufgrund von fehlender Notwendigkeit feststellten, bestätigt den breiten Anwendungsbereich des Art 17 Abs 1 lit a DSGVO.<sup>3</sup> In praxi bedeutsam ist der **Zweck der Dokumentation**, der sich entweder aus gesetzlichen Bestimmungen, wie etwa **Aufbewahrungspflichten**, ergeben kann, oder aus berechtigten Interessen des Verantwortlichen nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO.<sup>4</sup>

#### Beispiel

Wird etwa die siebenjährige Aufbewahrungspflicht von buchhalterischen Unterlagen als gesetzliche Grundlage (§ 132 Abs 1 BAO) der Löschpflicht entgegengehalten, ist für den Verantwortlichen zu beachten, dass nur Daten zur Erfüllung dieser buchhalterischen Dokumentationspflicht verarbeitet werden. Dazu zählen nach der Spruchpraxis der DSB Stammdaten.<sup>5</sup>

Das Entsprechen buchhalterischer Aufbewahrungspflichten kann jedoch nicht die **Unrechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung** sanieren: So entschied unlängst das OLG Dresden,<sup>6</sup> dass nicht rechtmäßig erhobene Daten gelöscht werden müssen, selbst wenn eine buchhalterische Aufbewahrungspflicht besteht.

### Widerruf der Einwilligung

Dass personenbezogene Daten nach einem **Widerruf der Einwilligung** nicht mehr verarbeitet werden dürfen, **sofern keine anderen Rechtsgrundlagen** bestehen, ergibt sich bereits aus dem **Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung** nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO. Die Absicherung dieses Grundsatzes soll Art 17 Abs 1 lit b DSGVO wohl bestätigen und in einen aktiven Lösungsanspruch kleiden. Für die Praxis relevant: Nach Art 7 Abs 3 S 3 DSGVO wird durch den Widerruf der Einwilligung die **Rechtmäßigkeit** der bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung **nicht** berührt.

### HINWEIS

**Wird bspw die datenschutzrechtliche Einwilligung zur Nutzung eines Lichtbilds in einer Print-Broschüre erteilt und nachträglich widerrufen, dürfen die gedruckten Broschüren weiterhin verwendet werden. Das Lichtbild darf jedoch nicht für die Auflage neuer Broschüren herangezogen werden.**

### Unrechtmäßige Verarbeitung

Die aus der Unrechtmäßigkeit der Verarbeitung resultierende Löschpflicht nach Art 17 Abs 1 lit d DSGVO kann als „Auffangtatbestand“ angesehen werden, der sämtliche DSGVO-widrigen Datenverarbeitungen um-

fasst. Als Beispiele anzuführen sind Datenverarbeitungen, die gegen die **Grundsätze der DSGVO** verstoßen, gegen Materiengesetze oder wenn das Interesse des Betroffenen auf Löschung gegenüber dem Interesse des Verantwortlichen auf Verarbeitung überwiegt.<sup>7</sup> Der Antrag auf Löschung wegen Unrechtmäßigkeit der Verarbeitung iSd Art 17 Abs 1 lit d DSGVO hat bereits in breiter Form in die Rsp Eingang gefunden.<sup>8</sup>

### Widerspruch gegen die Verarbeitung

Der dritte Anwendungsfall betrifft den von der betroffenen Person eingelegten **Widerspruch gegen die Verarbeitung**. Durch wörtliche Auslegung des Art 17 Abs 1 lit c scheint diese Norm zudem mit jener Anspruchsgrundlage des Art 21 DSGVO übereinzustimmen. Auf den zweiten Blick könnte es zu einem potentiellen (Wertungs-)Widerspruch beider Normen im Fall des Widerspruchs gegen Direktwerbung kommen, da sich unterschiedliche Rechtsfolgen aus beiden Bestimmungen ergeben.<sup>9</sup>

### HINWEIS

**Im Fall des Widerspruchs nach Art 21 DSGVO dürfen die Daten lediglich nicht mehr für den Zweck der Direktwerbung weiterverarbeitet werden, die Verarbeitung zu anderen Zwecken ist allerdings nicht ausgeschlossen.**

### Widerspruch gegen Direktwerbung

Art 21 Abs 3 DSGVO regelt ein Verarbeitungsverbot im Fall des Widerspruchs gegen **Direktwerbung**. Bemerkenswert ist, dass nach Art 21 Abs 6 DSGVO keine Anknüpfung an Art 17 DSGVO erfolgt. Nach dem Wortlaut des Art 21 Abs 6 DSGVO könnte eine Verarbeitung, gegen die erfolgreich Widerspruch eingelegt wurde, nicht in Bezug auf Art 17 DSGVO gelöscht werden, sondern würde in der Phase des Widerspruchs „stecken“ bleiben. Im Wege der Rechtsfortbildung ist hier iSd ratio des

<sup>1</sup> Art 5 Abs 1 lit b, c, d und e DS-GVO. <sup>2</sup> Für viele Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), DS-GVO/BDGS<sup>2</sup> (2018) Art 17 Rz 8. <sup>3</sup> OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 131/18k; OGH 11. 10. 2018, 12 Ns 29/18p; DSB 15. 11. 2018, DSB-D122.944/007-DSB/2018; DSB 28. 5. 2018, DSB-D216.580/0002-DSB/2018; aufgezählt und zusammengefasst von Jahnelt in Jahnelt (Hrsg), DSGVO (2021) Art 17 Rechtsprechung. <sup>4</sup> Haidinger in Knyrim (Hrsg), DerDatKomm Art 17 Rz 50 (Stand 1. 10. 2018). <sup>5</sup> DSB 28. 5. 2018, DSB-D216.471/0001-DSB/2018. <sup>6</sup> OLG Dresden, 14. 12. 2021 4 U 1278/21. <sup>7</sup> Siehe ausführlich bei Haidinger in DatKomm Art 17 Rz 56f. <sup>8</sup> Zur unrechtmäßigen Verarbeitungen s. BVwG 30. 10. 2019, W258 2216873-1; DSB 1. 10. 2019, DSB-D124.567/0005-DSB/2019; DSB 20. 2. 2019, DSB-D123.319/0002-DSB/2019; DSB 15. 1. 2019, DSB-D123.527/0004-DSB/2018; DSB 07. 12. 2018, DSB-D123.193/0003-DSB/2018; aufgezählt und zusammengefasst von Jahnelt, DSGVO Art 17 Rechtsprechung. <sup>9</sup> Herbst in DS-GVO/BDGS Art 17 Rz 27.

Art 17 DSGVO davon auszugehen, dass mittels Analogie auch eine Löschung nach erfolgreich geltend gemachtem Widerspruch nach Art 21 iVm Art 17 DSGVO erfolgen kann, da das erfolgreich geltend gemachte Widerspruchsrecht ansonsten ohne Rechtsfolgen bliebe.

Nach positiver Geltendmachung des Rechts nach Art 17 DSGVO ist das Datum **grundsätzlich zu löschen**. Ausnahmsweise – obwohl nicht explizit in Art 17 DSGVO angesprochen – könnte das Datum zu anderen Zwecken weiterverarbeitet werden; dies jedoch nur dann, wenn eine (**zweckgebundene**) **Rechtsgrundlage** fortbesteht. Es muss sich sohin um ein Datum handeln, das für mehrere Zwecke verarbeitet wird.

Die gewählte Anspruchslage des Betroffenen – entweder das Recht auf Widerspruch oder das Recht auf Löschung – ist somit entscheidend, um entweder die **Rechtsfolge der Löschung** der Daten oder nur eine **partielle Nichtverwendung der Daten zum Zwecke der Direktwerbung** auszulösen.<sup>10</sup>

Ein anderes Beispiel für die erfolgreiche Geltendmachung des Rechts auf Löschung nach Art 17 Abs 1 lit c DSGVO beinhaltet das Erk des VfGH zum **Anspruch auf Aktenvernichtung** von behördlichen Dokumenten, wenn das Interesse des Betroffenen überwiegt.<sup>11</sup>

### Löschbegehren entsprechen? Ausnahmen bei Erforderlichkeit der Verarbeitung

Wird ein Verantwortlicher nun mit einem auf die vorherigen Tatbestände gestützten Löschbegehren konfrontiert, ist zunächst zu prüfen, ob die Verarbeitung tatsächlich weiter **erforderlich** ist. Hierzu hat die DSGVO in Art 17 Abs 3 **Ausnahmetatbestände** normiert, aufgrund derer die Verarbeitung weiterhin zulässig ist.

Aus der im Verordnungstext angeordneten Voraussetzung der **Erforderlichkeit** ist abzuleiten, dass die Verarbeitung im konkreten Fall, wenn sich der Verantwortliche auf eine solche Ausnahme stützen möchte, auf das **notwendige Maß** zu beschränken und ein angemessener Ausgleich kollidierender Rechtsgüter sicherzustellen ist.<sup>12</sup> Die Bestimmung des Art 17 Abs 3 DSGVO ist im Hinblick auf die Regelung des Abs 1 leg cit am bloßen Wortlaut gemessen obsolet, denn das Vorliegen einer der Ausnahmetatbestände schließt die **Unrechtmäßigkeit einer Verarbeitung** und

somit einen Anspruch auf Löschung per se aus. **Ein Löschungsanspruch wäre gar nie entstanden.**

Die Ausnahmeregelungen sollen im Ergebnis wohl vorwiegend für mehr Rechtsklarheit<sup>13</sup> sorgen. Die Ausnahmetatbestände des Art 17 Abs 3 DSGVO sind mE demnach nur so zu interpretieren, dass die weitere **Verarbeitung der Daten** – ähnlich dem Fall der erfolglosen Geltendmachung des Rechts auf Widerspruch – trotz Löschungsantrags **rechtskonform** bleibt. Die Einschränkung durch die Tatbestände, nämlich das Vorliegen einer der fünf katalogartig aufgeführten Fälle, könnte – ähnlich Art 9 DSGVO – eine zusätzliche Voraussetzung für die Verarbeitung von Daten sein, gegen die ein Löschungsanspruch geltend gemacht wurde.

Die Ausnahmen von der Löschpflicht umfassen fünf taxative Tatbestände, nämlich

- Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit;
- eine rechtliche Verpflichtung oder Wahrnehmung einer dem Verantwortlichen übertragenen Aufgabe;
- Verarbeitung im Interesse der öffentlichen Gesundheit;
- Verarbeitung zu Archivzwecken, wissenschaftlichen und statistischen Zwecken sowie
- die Geltendmachung und Verteidigung von Rechtsansprüchen.

Diese abschließend geregelten Tatbestände können vom nationalen Gesetzgeber unter den Voraussetzungen des Art 23 DSGVO ergänzt werden. Prominentestes Beispiel in Österreich ist das **Medienprivileg des § 9 DSG**, das jedoch nach der Spruchpraxis der DSB trotz seines breiten Anwendungsbereichs einzelfallbezogen nicht allumfassend gilt.<sup>14</sup>

#### Beispiel

Als Beispiel für eine Erforderlichkeit der Verarbeitung dient nach der Rsp des EuGH<sup>15</sup> ein im Firmenbuch eingetragenes Datum, für das kein Löschungsanspruch besteht. Wie bei sämtlichen Ausnahmetatbeständen muss sich der Verantwortliche zur Weiterverarbeitung der Daten jedoch auf eine Rechtsgrundlage des Art 6 Abs 1 DSGVO berufen können.

### Verteidigung von Rechtsansprüchen

Regelmäßig bemüht zur Erforderlichkeit der Verarbeitung wird von Verantwortlichen die Verteidigung oder Abwehr von Rechtsansprüchen. Zur **Verteidigung von Rechtsansprüchen** ist in Art 17 Abs 3 lit e DSGVO eine Ausnahme normiert, die wortgleich den ersten Tatbestand des Art 9 Abs 2 lit f leg cit wiedergibt. In Auslegung jener letzten Zulässigkeit der Verarbeitung ließ die DSB eine erstaunlich großzügige Anwendbarkeit des Art 17 Abs 3 lit e DSGVO zu: So mussten **rechtswidrig aufgenommene Lichtbilder** nicht (sofort) gelöscht werden, weil sie als Beweismittel in zwei anhängigen Verfahren dienten.<sup>16</sup>

### Abwehr von Ansprüchen – Nennung der Norm ausreichend?

Unstrittig in das Gefüge des Art 17 Abs 3 DSGVO einzufügen ist wohl die E der DSB,<sup>17</sup> mit der bestätigt wurde, dass Bewerbungsunterlagen zur **Abwehr von Ansprüchen** nach dem **Gleichbehandlungsgesetz** (GIBG) für die darin normierte Frist aufbewahrt werden können. Diese E kann stellvertretend für eine Rechtfertigung von Verarbeitungstätigkeiten, die auf gesetzlichen Verpflichtungen beruhen, herangezogen werden.

Offen lässt die rechtliche Beurteilung allerdings, wie konkret die Erforderlichkeit der weiteren Datenverarbeitung zur Verteidigung oder Geltendmachung von Rechtsansprüchen sein muss, denn die **bloß abstrakte Möglichkeit rechtlicher Auseinandersetzungen** wurde nach jener E der DSB<sup>18</sup> unter Berufung auf die Rsp des VfGH<sup>19</sup> ja verneint. Die E der DSB scheint sich sohin in ihrer rechtlichen Begründung zu widersprechen: Einerseits wird darauf verwiesen, dass die abstrakte Möglichkeit rechtlicher Auseinandersetzungen allgemein nicht ausreichend sei für die Ablehnung der Löschung nach Art 17 Abs 3 lit e DSGVO, andererseits wurde die **Benennung der konkreten Rechtsnorm**, auf die sich der Betroffene **möglicherweise beziehen** könnte, nämlich § 29 Abs 1 GIBG, von der DSB als **ausreichend** für die Erforder-

<sup>10</sup> Aus Herbst in DS-GVO/BDSG Art 17 Rz 27. <sup>11</sup> Siehe VfGH 10. 12. 2014, B 1187/13, die noch zur Rechtslage nach DS-RL/DSG 2000 erging, wonach analog gespeicherte Daten ein „Dateiensystem“ iSd DSG 2000 sind. <sup>12</sup> Jahnel, DSGVO Art 17 Rz 39. <sup>13</sup> So Jahnel, DSGVO Art 17 Rz 38. <sup>14</sup> Vgl etwa DSB 21. 4. 20220, DSB 2020–0.239.741. <sup>15</sup> EuGH 9. 3. 2017, C-398/14, Manni. <sup>16</sup> DSB 13. 12. 2019, DSB-D123.978/0003-DSB/2019, Dako 2020/25. <sup>17</sup> DSB 27. 8. 2018, DSB-D123.085/0003-DSB/2019, Dako 2018/70. <sup>18</sup> DSB 27. 8. 2018, DSB-D123.085/0003-DSB/2019. <sup>19</sup> VfGH VfSlg 20.227/2017.

derlichkeit der Verteidigung von Rechtsansprüchen gewürdigt.

Aus der rechtlichen Beurteilung der E ergibt sich nicht, dass der Verantwortliche **Indizien** dafür aufgezeigt hätte, weshalb der Betroffene einen solchen Anspruch gegen den Verantwortlichen überhaupt geltend machen sollte. Weder war ein Verfahren anhängig, noch wurde behauptet, dass ein solches drohe. Ein Unterschied zu jener Frist der §§ 29 iVm 26 GIBG liegt nur in der kürzeren Zeitspanne. Dass diese (kürzere) Frist von der DSB in die Erwägung Eingang fand und § 29 Abs 1 GIBG als mögliche Verteidigung von Rechtsansprüchen und somit Grundlage für die Ausnahme des Löschrücktritts nach Art 17 Abs 3 lit e DSGVO würdigte, ergibt sich aus der rechtlichen Beurteilung der DSB nicht.

#### Eine Frage des Einzelfalls

Würde diese Spruchpraxis fortgesetzt, ergäbe sich Folgendes: Verantwortliche könnten

durch **Benennung einer konkreten Anspruchsnorm**, die der Betroffene geltend machen könnte oder auf die sich der Verantwortliche berufen könnte, eine Löschrücktrittspflicht umgehen. ISd Rsp des VfGH wird regelmäßig auf den Einzelfall abzustellen sein, ob die **Erforderlichkeit** der weiteren Datenverarbeitung konkret gegeben ist.

#### Fazit

Der Zweck des Art 17 DSGVO zielt darauf ab, dass die betroffenen Daten überhaupt **nicht mehr verarbeitet** werden. Verantwortlichen ist anzuraten, im Fall eines Löschrücktritts zu prüfen, ob die Verarbei-

tung weiterhin erforderlich ist und sich unter einen der Ausnahmetatbestände des Art 17 Abs 3 DSGVO subsumieren lässt. Die **bloße Verschlüsselung oder Deaktivierung der Zugriffsmöglichkeit** auf die Daten wird nicht ausreichend sein. Auch ist nach der Rsp der Löschrücktritt nicht erfüllt, wenn lediglich die Datenorganisation so verändert ist, dass ein gezielter Zugriff auf die Daten nicht möglich ist.<sup>20</sup>

Dako 2022/59

<sup>20</sup> OGH 15. 4. 2010, 6 Ob 41/10p.

## Zum Thema

### Über die Autorin

Dr. Theresia Leitinger, M.A.I.S., ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Dr. Florian Leitinger in Weiz. Sie hat ihre Dissertation zum Thema „Die Betroffenenrechte im Datenschutz – Eine sinn- und zweckgebundene Einheit?“ verfasst.

E-Mail: tl@ra-leitinger.at