

## BESCHWERDE NACH ARTIKEL 77(1), 80(1) DSGVO

### A. SACHVERHALT

#### 1) Verantwortlicher/ Beschwerdegegner

Verantwortliche der gegenständlichen Datenverarbeitungen und Beschwerdegegnerin ist die A1 Telekom Austria AG, FN 280571f, Lassallestraße 9, 1020 Wien.

#### 2) Betroffener/Beschwerdeführer

Der Beschwerdeführer, [REDACTED], ist Vertragsinhaber eines aufrechten Mobilfunkvertrages der Marke „Georg“ mit der Beschwerdegegnerin. Dem Beschwerdeführer sind dabei die Kundennummer [REDACTED] und die Rufnummer [REDACTED] zugewiesen. Die Nummer der im Mobiltelefon des Beschwerdeführers eingelegten SIM-Karte lautet [REDACTED]

Der Beschwerdeführer hat uns (den gemeinnützigen Verein noyb – Europäisches Zentrum für digitale Rechte, Goldschlagstraße 172/4/2, 1140 Wien) beauftragt, ihn nach Artikel 80(1) DSGVO zu vertreten (**Beilage ./A**).

#### 3) Fakten

Der unter Punkt A.2) genannte Mobilfunkvertrag wurde am 27.05.2019 aktiviert und wird seitdem ausschließlich vom Beschwerdeführer genutzt. Dieser Mobilfunkvertrag ist keiner Organisation oder einem Arbeitgeber des Beschwerdeführers zugeordnet sondern dient ausschließlich dessen privater Nutzung. Der Beschwerdeführer ist kinderlos und führte bis zum 03.01.2020 einen Einzelhaushalt. Seit diesem Zeitpunkt teilt er seinen Haushalt lediglich mit seiner Lebensgefährtin, die über einen eigenen Mobilfunkvertrag und ein eigenes Mobiltelefon verfügt.

Am 17.03.2020 richtete der Beschwerdeführer per E-Mail ein Auskunftsbegehren gemäß Artikel 15 DSGVO an die Beschwerdegegnerin, in welchem er u.a. ausdrücklich die Beauskunftung von Verkehrsdaten gemäß § 92(3) Z 4 TKG begehrte (**Beilage ./B**).

Nach Aufforderung, seinem Begehren eine Ausweiskopie beizulegen, fügte der Beschwerdeführer diesem eine digitale Signatur hinzu und erhielt am 19.03.2020 per E-Mail eine Auskunft von der Beschwerdegegnerin (**Beilage ./C**), eine Darstellung seiner Datenschutzeinstellungen (**Beilage ./D**) und eine Erklärung der in dieser Darstellung verwendeten Farbkategorien (**Beilage ./E**).

Die übermittelte Auskunft enthielt keine klare Aussage, ob die Beschwerdegegnerin Verkehrs- und Standortdaten zum Beschwerdeführer gespeichert hat, sondern lediglich Erklärungen, worum es sich bei diesen Daten jeweils handelt sowie juristische Ausführungen, warum eine Kopie dieser Daten nach Ansicht der Beschwerdegegnerin nicht übermittelt werden muss.

Mit E-Mail vom 20.03.2020 begehrte der Beschwerdeführer Klarstellung, ob die Beschwerdegegnerin denn nun Verkehrs- und/oder Standortdaten zu seiner Person speichert und ersuchte abermals um Übermittlung einer Kopie der ihn betreffenden gespeicherten Daten (**Beilage ./F**).

Mit E-Mail vom 01.04.2020 übermittelte die Beschwerdegegnerin ihre Antwort, die abermals nur aus juristische Ausführungen bestand, jedoch keine klaren Aussagen zur tatsächlichen Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten und keine Kopie dieser Daten enthielt (**Beilage ./G**).

Die Beschwerdegegnerin zieht insbesondere in Zweifel, dass ausschließlich der Beschwerdeführer sein Mobiltelefon nutzt und vermeint daher, dass es sich bei Standortdaten nicht um personenbezogene Daten, die den Beschwerdeführer betreffen, handelt. Zur Glaubhaftmachung der tatsächlichen ausschließlichen Nutzung seines Mobilfunkvertrages bzw. seines Mobiltelefons legt der Beschwerdeführer daher eine eidesstattliche Erklärung (**Beilage ./H**) bei.

Am 28.04.2020 erkundigte der Beschwerdeführer sich ergänzend bei der Beschwerdegegnerin, *wann und wo* er die in den Datenschutzeinstellungen (**Beilage ./D**) ersichtlichen Einwilligungen erteilt haben soll, da ihm diese nicht erinnerlich sind, woraufhin die Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 30.04.2020 antwortete, dass diese Datenschutzeinstellungen am 09.07.2020 vorgenommen worden seien. Nach abermaliger Rückfrage des Beschwerdegegners, *wo* (also auf welchem Kanal) diese Einwilligungen erfolgt sein sollen, antwortete die Beschwerdegegnerin am selben Tag, dass sie nicht mehr genau feststellen könnte, „*ob die Änderung über den Kontomanager oder die App vorgenommen wurde.*“ Diese Korrespondenz vom 28.und 30.04. 2020 wird als **Beilage ./J** beigegeben.

## **B. RECHTLICHE ANALYSE**

### **1) Rechtsverletzungen**

Die Beschwerdegegnerin hat zum einen Artikel 15(1) DSGVO verletzt, indem nicht sämtliche von dieser Bestimmung geforderten Informationen übermittelt wurden (siehe Punkt B.2)) Zum Anderen wurde entgegen Artikel 15(3) DSGVO keine Kopie sämtlicher personenbezogener Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung gestellt (siehe Punkt B.3) und B.4)).

### **2) Unvollständige Auskunft gemäß Artikel 15(1) DSGVO**

Die Informationen in der von der Beschwerdegegnerin übermittelten Auskunft genügen nicht dem Artikel 15(1) DSGVO:

#### **a) Intransparente Verweise / fehlende Dokumente**

Die von der Beschwerdegegnerin übermittelte Auskunft (**Beilage ./C**) verweist eingangs auf eine nicht näher bestimmte Datenschutzerklärung und Allgemeine Geschäftsbedingungen. Weder werden Links zu den genannten Dokumenten bereitgestellt, noch sind diese der Auskunft beigefügt. Derartige Verweise genügen nicht dem Transparenzgebot des Artikel 5(1)(a) DSGVO und verletzen zudem Artikel 12(1) DSGVO, demzufolge alle Mitteilungen gemäß den Artikeln 15 bis 22 DSGVO, die sich auf die Verarbeitung beziehen, in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln sind.

Die Beschwerdegegnerin ist verpflichtet, entsprechend darzulegen, auf welche Dokumente sie sich in der Auskunft (**Beilage ./C**) bezieht und diese dem Beschwerdeführer zugänglich zu machen.

Darüber hinaus ist generell anzuzweifeln, dass derartige generischen Informationen eine korrekte Auskunft bezüglich der konkreten Datenverarbeitung der personenbezogenen Daten einer konkreten betroffenen Person bieten können.

## **b) Zweck(e) und Rechtsgrundlage(n) der Verarbeitung unvollständig genannt**

Die Auskunft (**Beilage ./B**) nennt als „Zweck der Datenverwendung“ lediglich die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen, obwohl der Beschwerdeführer in diverse Verarbeitungen eingewilligt hat bzw. diesen nicht widersprochen hat, welche offenkundig anderen Zwecken dienen (siehe **Beilagen ./C** und **./D**). Hierbei scheint es sich vor allem um bestimmte Direktmarketing- und Datenanalysezwecke zu handeln.

Nach der Rsp der DSB sind zudem bei Beantwortung eines Auskunftsbegehrens auch die Rechtsgrundlage(n) der Verarbeitung darzulegen. Wie sich aus einer Zusammenschau der **Beilagen ./D** und **./E** ergibt, geht die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang offenkundig davon aus, dass der Beschwerdeführer in eine Vielzahl an Datenverarbeitungen eingewilligt hat (grün hinterlegtes „Ein“). Die Erteilung dieser Einwilligungen ist dem Beschwerdeführer nicht erinnerlich. Auf Nachfrage hat die Beschwerdegegnerin in ihrer E-Mail vom 30.04.2020 (Bestandteil von **Beilage ./J**) angegeben, dass sie nicht nachvollziehen kann, wo genau (ob in der zur Verfügung gestellten Georg-Smartphone-App oder im Kontomanager auf der Georg-Webseite) die Einwilligungen erteilt worden sein sollen. Gemäß Artikel 7(1) iVm Art 5 (2) DSGVO obliegt die Nachweispflicht der erteilten Einwilligungen der Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerdegegnerin ist gemäß Artikel 15(1)(a) DSGVO verpflichtet, sämtliche Verarbeitungszwecke und Rechtsgrundlagen der jeweiligen Verarbeitungen differenziert darzulegen sowie hinsichtlich der auf Artikel 6(1)(a) DSGVO gestützten Verarbeitungen gemäß Artikel 7(1) iVm Art 5 (2) DSGVO nachzuweisen, dass der Beschwerdeführer in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten eingewilligt hat.

## **c) Empfänger der personenbezogenen Daten**

Informationen über die Empfänger der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers fehlen in der Auskunft (**Beilage ./C**). Unter der Überschrift „Überlassung von Daten (Auftragsverarbeiter)“ wird nur angedeutet, dass Auftragsverarbeiter verwendet werden, ohne diese namentlich zu nennen.

Die Beschwerdegegnerin ist gemäß Artikel 15(1)(c) DSGVO verpflichtet, sämtliche Empfänger (einschließlich Auftragsverarbeiter) zu beauskunften, sofern diese bekannt sind. In allen anderen Fällen sind zumindest Empfängerkategorien zu nennen.

## **d) Speicherdauer**

Unter Überschrift „Löschung von Daten“ in der Auskunft (**Beilage ./C**) verweist die Beschwerdegegnerin lediglich undifferenziert auf die DSGVO, bestimmte Gesetze, ihre (nicht verlinkten bzw. beigefügten) AGB und ihre (nicht verlinkte bzw. beigefügte) Datenschutzerklärung. Die genaue Speicherdauer oder Kriterien für die Festlegung dieser fehlen.

Die Beschwerdegegnerin ist gemäß Artikel 15(1)(d) DSGVO verpflichtet, aufgeschlüsselt nach verarbeiteten Datenkategorien anzugeben, wie lange personenbezogene Daten des Beschwerdeführers konkret gespeichert werden bzw. nach welchen Kriterien sich die Speicherdauer bestimmt.

## **e) Datenquellen**

Die Beschwerdegegnerin nennt in der Auskunft (**Beilage ./C**) unter „Herkunft der Daten“ lediglich folgende Informationen: „Die oben angeführten, gespeicherten Daten erhalten wir durch Bekanntgabe, durch den Vertragspartner, beziehungsweise sind diese zur Vertragserfüllung notwendig. Verkehrsdaten, Standortdaten und Inhaltsdaten entstehen bei der Inanspruchnahme unserer Kommunikationsdienste.“

In der unter <http://cdn12.a1.net/m/resources/media/pdf/Informationspflichten-und-Zustimmungserklaerung-A1.pdf> abrufbaren Datenschutzerklärung (sofern diese maßgeblich sein soll – siehe Punkt B.2)a)) ist unter „Daten aus Dritt-Quellen“ hingegen zu lesen: „Wir verarbeiten manchmal personenbezogene Daten, die wir nicht direkt von den betroffenen Personen(sondern beispielsweise bei Adressbrokern, öffentlich verfügbaren Quellen, etc.) erhalten haben. Sie können die von uns verwendeten Dritt-Quellen hier [<https://cdn11.a1.net/m/resources/media/pdf/A1-Drittquellen.pdf>] einsehen.“

Sofern die genannte Datenschutzerklärung maßgeblich sein soll, bleibt unklar, ob bezüglich des Beschwerdeführers ein Fall von „manchmal“ vorliegt, also Daten von Dritten erhoben wurden und falls ja um welche der acht unter dem letztgenannten Hyperlink ersichtlichen Drittquellen („Lowell Inkasso Service GmbH, BISNODE Austria GmbH, CRIF GmbH, KSV 1870 Forderungsmanagement GmbH, Post AG, ProfileAddress Direktmarketing GmbH, Compass-Verlag GmbH, Herold“) es es sich konkret handelt.

Sofern personenbezogene Daten nicht beim Beschwerdeführer selbst erhoben wurden, ist die Beschwerdegegnerin gemäß Artikel 15(1)(g) DSGVO verpflichtet, alle verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten zu erteilen.

### **3) Verkehrsdaten: Keine Datenkopie gemäß Artikel 15(3) DSGVO bereitgestellt**

#### **a) Unklare Auskunft**

In ihren Antworten auf das Auskunftsbegehren des Beschwerdeführers bleibt die Beschwerdegegnerin eine Antwort schuldig, ob sie Verkehrsdaten iSd § 92(3) Z 4 TKG 2003 mit Personenbezug zum Beschwerdeführer speichert, oder nicht. Dies, obwohl die Beschwerdegegnerin in **Beilage ./C** angibt, Verkehrsdaten bis zu 6 Monate zu speichern.

#### **b) Beauskunftungspflicht**

Sofern die Beschwerdegegnerin Verkehrsdaten zum Beschwerdeführer verarbeitet, sind diese wie in Folge dargelegt jedenfalls zu beauskunften.

##### ***i. Verkehrsdaten als Gegenstand des Auskunftsanspruchs***

§ 99(5) TKG 2003 zufolge ist eine Verarbeitung von Verkehrsdaten „zu Auskunftszwecken“ nur in gewissen Fällen im Zusammenhang mit der Verhinderung und Verfolgung von Straftaten an Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte zulässig. In der Entscheidung DSB-D122.616/0006-DSB/2016 vom 27.03.2017 – also vor Gültigkeitsbeginn der DSGVO – hat die DSB ausgesprochen, dass der „Einschränkung der Auskunftserteilung im Rahmen der spezialgesetzlichen Bestimmung des § 99 Abs 5 TKG 2003 der Vorzug gegenüber dem in § 26 Abs. 1 DSG 2000 festgelegten allgemeinen Recht auf Auskunft des Beschwerdeführers zu geben“ wäre.

An dieser Rsp kann unter dem Regime der DSGVO nicht festgehalten werden; Verkehrsdaten gemäß § 92(3) Z 4 TKG sind ungeachtet des § 99(5) TKG vollinhaltlich gemäß Artikel 15 DSGVO zu beauskunften. Dies umfasst auch die Standortkennung gemäß § 92(3) Z 6a TKG 2003, die sowohl als Verkehrs- als auch als Standortdatum zu qualifizieren ist (vgl *Riesz* in *Riesz/Schilchegger* (Hrsg), TKG (2016) § 92 Rz 44).

##### ***ii. Anwendungsvorrang der DSGVO vor nationalem Recht***

Interpretiert man § 99(5) TKG so, dass auch eine Auskunft an die betroffene Person selbst ausgeschlossen ist, hätte diese Bestimmung unangewendet zu bleiben. Während sich vor 25.05.2018 mit § 99 TKG 2003 und § 26 DSG 2000 zwei nationale (wenngleich auf EU-Richtlinien basierende) Bestimmungen gegenüberstanden, findet sich das Recht auf Auskunft nunmehr in Artikel 15 DSGVO – einer unmittelbar anwendbaren Norm einer EU-Verordnung. Für den Fall, dass ein Normenkonflikt zwischen § 99(5) TKG und Artikel 15 DSGVO verortet wird, geht

Artikel 15 DSGVO demnach qua Anwendungsvorrang vor; § 99(5) TKG 2003 bleibt unangewendet.

Daran ändert auch Artikel 95 DSGVO nichts, der festhält, dass die DSGVO den Telekommunikationsanbietern keine zusätzlichen Pflichten auferlegt, soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG („e-Privacy-RL“) festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen. Die e-Privacy-RL sieht jedoch keine Pflicht von Telekommunikationsanbietern vor, Verkehrs- und Standortdaten *nicht* an betroffene Personen zu beauskunften; die Befolgung eines Auskunftsanspruchs gemäß Artikel 15 DSGVO ist insofern keine zusätzliche Pflicht.

Eine Einschränkung des Auskunftsanspruchs durch den österreichischen Gesetzgeber, wie man sie § 99(5) TKG 2003 unterstellen könnte, wäre im Übrigen auch gemäß Artikel 15 e-Privacy-RL iVm. der Öffnungsklausel des Artikel 23 DSGVO nicht zulässig, da keiner der Tatbestände des Artikel 23(1) DSGVO erfüllt ist. Insbesondere Art 23(1)(c) DSGVO ist nicht einschlägig, da diese Norm allenfalls eine Einschränkung des Auskunftsanspruchs gestatten würde, wenn bereits ein Straf(ermittlungs)verfahren gegen die betroffene Person geführt wird; zu beachten ist jedoch, dass eine betroffene Person sogar im Strafverfahren über die Akteneinsicht gemäß §§ 51 ff StPO idR Auskunft über Verkehrsdaten erhalten würde.

Letztlich vermag auch der Punkt II. der Verhaltensregeln gemäß Artikel 40 DSGVO (Code of Conduct) für Internet Service Provider ([www.ispa.at/wissenspool/datenschutz.html](http://www.ispa.at/wissenspool/datenschutz.html)) nichts daran ändern, dass Verkehrsdaten vollinhaltlich gemäß Artikel 15 DSGVO zu beauskunften sind: Zum wurde dieser Code of Conduct von der DSB nur unter Vorbehalt der bis dato nicht vollzogenen Akkreditierung der Aufsichtsstelle für dessen Einhaltung genehmigt und ist daher noch nicht wirksam. Zum anderen können Verhaltensregeln gemäß Artikel 40 DSGVO die Anwendung der DSGVO für bestimmte Branchen lediglich präzisieren, nicht aber die Anwendbarkeit von DSGVO-Bestimmungen ausschließen.

### **iii. Interpretation von § 99(5) TKG 2003 – kein Normenkonflikt zu Artikel 15 DSGVO**

Unbeschadet der Tatsache, dass Artikel 15 DSGVO einer allfälligen Beschränkung des Auskunftsanspruchs gemäß § 99(5) DSGVO ohnehin qua Anwendungsvorrang vorgehen würde, ergibt eine Interpretation von § 99(5) TKG 2003, dass ein solcher Normenkonflikt gar nicht vorliegt. Die Beschränkung des Auskunftsrechts betroffener Personen ist nicht Gegenstand oder Konsequenz des § 99(5) TKG 2003:

Zwar spricht § 99(5) TKG 2003 von „*Verarbeitung von Verkehrsdaten zu Auskunftszwecken*“ und beschränkt derartige Verarbeitungen auf die in den Ziffern 1. bis 5. genannten Fälle. Der Wortlaut – nämlich die Verwendung des Begriffs „*Auskunft*“ ist hier aber nicht maßgeblich, da mit „*Auskunftszwecken*“ nicht etwa die Erteilung von Auskünften an betroffene Personen gemeint ist. Zweck der Bestimmung ist vielmehr offenkundig: (i) die Weitergabe der Verkehrsdaten an Dritte, also an von dem Telekommunikationsanbieter *und* der betroffenen Person verschiedene Personen, zu beschränken und (ii) die Übermittlung von Verkehrsdaten an Sicherheitsbehörden, Staatsanwaltschaft und Gerichte sicherzustellen. Dass § 99 (5) TKG 2003 eine Beschränkung des Auskunftsanspruchs einer betroffenen Person umfassen würde, ist auch den EB zur RV (EBRV 1074 BlgNR XXIV. GP 19 f) nicht zu entnehmen.

Auch bei unionsrechtskonformer Interpretation von § 99(5) TKG gelangt man unter Berücksichtigung von Artikel 15 iVm Artikel 23 DSGVO, Artikel 18 GRC und Artikel 16 AEUV zu dem Ergebnis, dass dieser keine Beschränkung des Auskunftsanspruchs einer betroffenen Person beinhaltet, sondern die oben genannten Zwecken verfolgt. Selbiges gilt bei verfassungskonformer Interpretation im Hinblick auf § 1(3) Z 1 DSG, der ein Recht auf Auskunft über verarbeitete personenbezogene Daten vorsieht.

#### **4) Standortdaten: Keine Datenkopie gemäß Artikel 15(3) DSGVO bereitgestellt**

##### **a) Verweigerung der Beauskunftung von Standortdaten**

Die Beschwerdegegnerin gibt in **Beilage ./C** an, keine Auskunft über Standortdaten zu geben, da der Beschwerdeführer als Nutzer der Rufnummer (SIM-Karte) nicht ausreichend nachweisen könne, dass ausschließlich er selbst die Rufnummer (SIM-Karte) nutzt. Dabei stützt sich die Beschwerdegegnerin auf die Entscheidung DSB-D122.418/0002-DSB/2016.

Die Beschwerdegegnerin lässt dabei offen, ob sich diese Verweigerung nur auf Standortdaten iSd § 92(3) Z 6 TKG 2003 bezieht, die auch als Verkehrsdaten iSd § 92 (3) Z 4 TKG 2003 zu qualifizieren sind, oder auch auf andere Standortdaten als Verkehrsdaten gemäß § 102 TKG 2003.

##### **b) Beauskunftungspflicht**

Sofern die Beschwerdegegnerin Standortdaten zum Beschwerdeführer verarbeitet, sind diese wie in Folge dargelegt jedenfalls zu beauskunften. Dies umfasst auch die Standortkennung iSd § 92(3) Z 6a TKG 2003, die sowohl als Verkehrs- als auch als Standortdatum zu qualifizieren ist (siehe bereits Punkt B.b)i).

##### **i. Rechtsprechung der DSB unter der DS-RL**

In der Entscheidung DSB-D122.418/0002-DSB/2016 vom 15.04.2016, wie auch in der Entscheidung DSB-D122.616/0006-DSB/2016 vom 27.03.2017, hat die DSB ausgeführt, dass ein „Telekommunikationsdiensteanbieter im Regelfall nicht feststellen kann, ob ein Auskunftswerber, dessen Standortdaten Gegenstand des Auskunftsverlangens sind, tatsächlich (zu jedem Zeitpunkt) Nutzer der einem Endgerät zugeordneten Rufnummer ist bzw. war.“ Auch eine eidesstattliche Erklärung der ausschließlichen Benutzung würde daran nichts ändern, weil nach Ansicht der DSB „[...]auch dadurch kein objektiver, d.h. für jedermann nachvollziehbarer, Nachweis erbracht wird, dass der Beschwerdeführer zu jedem Zeitpunkt des von ihm angegebenen Zeitraumes tatsächlicher Nutzer des Endgerätes war.“ Weil daher stets unklar sei wessen personenbezogene Daten Standortdaten sind, müssten solche Daten generell nicht beauskunftet werden. Auch diese Rsp kann unter Regime der DSGVO nicht fortgeführt werden; wie in Folge dargelegt, sind Standortdaten im Regelfall zu beauskunften.

##### **ii. Anwendungsvorrang der DSGVO und Effektivitätsgrundsatz**

Sofern es sich bei den Standortdaten auch um Verkehrsdaten handelt, gelten obige Ausführungen in Punkt B.3) gleichermaßen. Artikel 15 DSGVO ist eine unmittelbar anwendbare Norm einer EU-Verordnung, der im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes auch faktische Durchsetzbarkeit zukommen muss. Gerade dies wird aber dadurch verwehrt, indem man davon ausgeht, dass Standortdaten nicht gemäß Artikel 15 DSGVO zu beauskunften sind, da eine betroffene Person außerstande sei, glaubhaft darzulegen, dass sich von einem Mobiltelefon erzeugte Standortdaten auf sie beziehen. Um Artikel 15 DSGVO zur Wirksamkeit zur Verhelfen, muss der betroffenen Person daher ermöglicht werden, glaubhaft zu machen, dass sie „tatsächlicher Nutzer des Endgerätes war“, bzw. obliegt es – wie in Folge dargelegt – vielmehr dem Verantwortlichen nachzuweisen, warum eine eindeutige Identifizierung einer betroffenen Person in Bezug auf Standortdaten nicht möglich sei.

##### **iii. Pflicht, Rechtsausübung zu erleichtern, Rechenschaftspflicht und Beweislast**

Gemäß Artikel 12(2) DSGVO erleichtert der Verantwortliche der betroffenen Person die Ausübung Rechte gemäß den Artikeln 15 bis 22 DSGVO. In den in Artikel 11(2) DSGVO genannten Fällen darf sich der Verantwortliche nur dann weigern, aufgrund des Antrags der betroffenen Person auf Wahrnehmung ihrer Rechte gemäß den Artikeln 15 bis 22 DSGVO tätig zu werden, wenn er glaubhaft macht, dass er nicht in der Lage ist, die betroffene Person zu identifizieren.

Gemäß Artikel 11 (2) DSGVO finden die Artikel 15 bis 20 DSGVO keine Anwendung, wenn der Verantwortliche nachweisen kann, dass er nicht in der Lage ist, die betroffene Person zu identifizieren.

Damit obliegt es im gegenständlichen Fall der Beschwerdegegnerin, nachzuweisen, dass sie nicht imstande ist, den Beschwerdeführer als betroffene Person hinsichtlich jener Standortdaten zu identifizieren, die von dem in Punkt A.2) genannten Mobiltelefon erzeugt wurden. Andernfalls würde auch das in Artikel 5(2) DSGVO normierte Rechenschaftsprinzip unterlaufen: Ein Verantwortlicher müsste Standortdaten kaum jemals beauskunften. Die Verarbeitung jener Daten wäre der Kontrolle durch die betroffene Person – und damit in weiten Teilen auch der DSB – komplett entzogen; insbesondere die Ausübung weiterer Betroffenenrechte gemäß Artikel 16 bis 22 DSGVO wäre mangels Kenntnis über gespeicherte Standortdaten faktisch nicht möglich.

Die vor Gültigkeitsbeginn der DSGVO ergangene Rsp der DSB, die eine Pflicht zum Nachweis der tatsächlichen ausschließlichen Nutzung bei der betroffenen Person verortet, kann insofern nicht aufrechterhalten werden. Bestehen Zweifel, dass die von einem Mobiltelefon erzeugten Standortdaten tatsächlich einen Auskunftswerber betreffen, ist dem Auskunftswerber iSd Artikel 12(2) DSGVO die Möglichkeit einzuräumen, darzulegen, dass die Standortdaten in der Tat ihn betreffen. Wie in Folge dargelegt, bedarf es für die Annahme solcher Zweifel jedoch konkreter Anhaltspunkte.

#### ***iv. Faktische Glaubhaftmachung der ausschließlichen Nutzung***

Der Beschwerdeführer ist – wie unter Punkt A.2) und A.3) dargelegt – Vertragsinhaber des gegenständlichen Mobilfunkvertrages und nutzt diesen und sein Mobiltelefon, in welchem die SIM-Karte [REDACTED] eingelegt ist, ausschließlich selbst.

Nach allgemeiner Lebenserfahrung handelt es sich bei einem privaten Mobiltelefon um einen höchstpersönlichen Gegenstand. Aufgrund der persönlichen Lebensumstände des Beschwerdeführers scheiden andere Personen als (Mit)benutzer seines Mobiltelefons bzw. seines Mobilfunkvertrages aus (siehe Punkt A.3)). Falls der Beschwerdeführer sein Mobiltelefon überhaupt jemals anderen Personen überlässt, geschieht dies ausschließlich in dessen unmittelbarer physischer Nähe, sodass allenfalls erzeugte Standortdaten sich jedenfalls auf den Beschwerdeführer beziehen. Warum Zweifel bestehen sollten, dass der Beschwerdeführer „tatsächlich (zu jedem Zeitpunkt) Nutzer der einem Endgerät zugeordneten Rufnummer ist bzw. war“, ist nicht ersichtlich.

Würde man der Argumentation der Beschwerdegegnerin folgen und die unter Punkt B.4)b)i genannte Rsp fortsetzen, hätte dies zur Folge, dass keinerlei personenbezogene Daten gemäß Artikel 15 DSGVO zu beauskunften wären, die von einem mobilen Gerät übermittelt werden, das internet- oder GPS-fähig ist – denn für den Verantwortlichen bestünde niemals hundertprozentige Sicherheit über den Benutzer eines solchen Gerätes.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass das Mobiltelefon des Beschwerdeführers durch eine nur ihm bekannte PIN sowie durch dessen Fingerabdruck geschützt ist; andere Personen die des Mobiltelefons des Beschwerdeführers habhaft werden, sind daher außerstande, es zu benutzen. Auch diesem Umstand zufolge ist daher davon auszugehen, dass es sich bei den gegenständlichen Standortdaten um den Beschwerdeführer betreffende personenbezogene Daten handelt. Andernfalls müsste man bei sämtlichen passwortgeschützten Geräten und Diensten, in Zweifel ziehen, dass die bei Benutzung dieser Geräte/Dienste generierten Daten personenbezogen sind, bzw. lediglich eine natürliche Person betreffen – so neben Mobiltelefonen etwa bei Laptops, Smart-Watches, E-Mail-Accounts, Online-Banking, Accounts bei Dating-

Plattformen, Shopping-Portalen, Glücksspielanbietern, usw. Schließlich ist nie mit Sicherheit auszuschließen, dass eine andere Person, als der rechtmäßige Inhaber ein solches Gerät bzw. einen solchen Dienst nutzt. Der Begriff der personenbezogenen Daten in Artikel 4(1) DSGVO folgt jedoch einem probabilistischen Ansatz: Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausschließlich der rechtmäßige Inhaber eines Mobiltelefons (oder eines anderen persönlichen Geräts/Dienstes) der dieses benutzt.

Die im Zusammenhang mit der Benutzung des Mobiltelefons generierten Daten beziehen sich demnach auf eine eindeutig identifizierte bzw. identifizierbare Person. Dies gilt umso mehr für einen Telekommunikationsanbieter als Vertragspartner des Mobilfunkvertrages und zumeist auch Verkäufer des Mobiltelefons. Aus Sicht der Beschwerdegegnerin gibt es gegenständlich keinen Grund daran zu zweifeln, dass die gegenständlichen Standortdaten ausschließlich den Beschwerdeführer betreffen.

Im Übrigen geht die Beschwerdegegnerin an anderer Stelle offenkundig selbst von einer ausschließlichen Mobiltelefon-Nutzung durch den Beschwerdeführer aus: In der Georg-Smartphone-App ([www.georg.at/app](http://www.georg.at/app)) besteht für Kunden der Beschwerdegegnerin die Möglichkeit, persönliche Datenschutzeinstellungen zu ändern und Einwilligungen zu erteilen oder zu widerrufen. Bezweifelt die Beschwerdegegnerin ohne konkrete Anhaltspunkte, dass ausschließlich der Beschwerdeführer sein Mobiltelefon benutzt, müsste sie auch die Wirksamkeit sämtlicher Einwilligungen in Frage stellen, die über die App erteilt werden können. Schließlich wäre stets unklar, ob tatsächlich der Inhaber eines Vertrages samt zugehöriger SIM-Karte und Mobiltelefonnummer in der lokal auf seinem Mobiltelefon installierten App eine Einwilligung erteilt oder widerrufen hat, oder ob eine Willenserklärung einer vollkommen anderen Person vorliegt.

Zusätzlich legt der Beschwerdeführer zur Glaubhaftmachung der tatsächlichen ausschließlichen Nutzung seines Mobilfunkvertrages bzw. seines Mobiltelefons eine eidesstattliche Erklärung (**Beilage ./H**) bei. Bestehen nichtsdestotrotz weiterhin Zweifel, obliegt es – wie dargelegt – der Beschwerdegegnerin, die tatsächliche ausschließliche Nutzung durch den Beschwerdeführer zu überprüfen – etwa indem ihm im Zuge der Auskunftserteilung eine TAN zugesendet wird oder er über die Georg-Smartphone-App um Verifizierung seiner Identität ersucht wird.

#### **v. Vereinbarkeit mit der Systematik des TKG 2003**

Das Problem eines mangelnden Nachweises der tatsächlichen, ausschließlichen Nutzung seines Mobiltelefons durch den Beschwerdeführer würde sich zudem auch bei dem gemäß § 100 TKG 2003 zu erstellenden Einzelgesprächsnachweis ergeben: Auch dort besteht keine hundertprozentige Sicherheit, dass tatsächlich der Beschwerdeführer – und nicht eine andere natürliche Person – einen Anruf getätigt oder entgegengenommen hat. Nichtsdestotrotz handelt es sich bei den im Einzelgesprächsnachweis abgebildeten Daten ohne jeden Zweifel um personenbezogene Daten mit Bezug zum Inhaber des Mobilfunkvertrages.

Bezüglich anderer Standortdaten als Verkehrsdaten sind zuletzt Artikel 9 ePrivacy-Richtlinie und § 102 TKG 2003 zu beachten. Gemäß § 102(1) TKG 2003 dürfen andere Standortdaten als Verkehrsdaten unbeschadet des § 98 TKG 2003 nur verarbeitet werden, wenn sie anonymisiert werden oder die Benutzer oder Teilnehmer eine jederzeit widerrufbare Einwilligung gegeben haben. Eine Einwilligung gemäß Artikel 6(1)(a) iVm Artikel 7 DSGVO kann sich jedoch nur auf personenbezogene Daten beziehen, die den jeweiligen Endnutzer betreffen. Insofern geht auch das TKG 2003 selbst von einem eindeutigen Personenbezug anderer Standortdaten als Verkehrsdaten aus. Es ist nicht ersichtlich, warum es sich bei Standortdaten, die als



Verkehrsdaten zu qualifizieren sind, anders verhalten sollte. Sämtliche Standortdaten sind daher gemäß Art 15 DSGVO vollumfänglich zu beauskunften.

## C. ANTRÄGE

### 1) Antrag auf Untersuchung

Der Beschwerdeführer ersucht die DSB, diese Beschwerde in Übereinstimmung mit den ihr übertragenen Befugnissen, einschließlich Artikel 58(1)(a), (e) und (f) DSGVO, vollständig zu untersuchen, um festzustellen, ob das Folgende der Fall ist oder nicht:

- (i) Die Beschwerdegegnerin verarbeitet den Beschwerdeführer betreffende Verkehrsdaten iSd § 92(3) Z 4 TKG 2003;
- (ii) Die Beschwerdegegnerin verarbeitet den Beschwerdeführer betreffende Standortdaten iSd § 92(3) Z 6 TKG 2003;
- (iii) Die Beschwerdegegnerin verarbeitet den Beschwerdeführer betreffende Standortkennungen iSd § 92(3) Z 6a TKG 2003;

Schließlich bittet der Beschwerdeführer darum, dass ihm die Ergebnisse dieser Untersuchung im Rahmen dieses Verfahrens gemäß Artikel 77(2) DSGVO und das Recht auf Anhörung nach dem geltenden Verfahrensrecht zur Verfügung gestellt werden.

### 2) Antrag, die Beschwerdegegnerin anzuweisen, dem Auskunftsbegleichen des Beschwerdeführers Folge zu leisten

Die DSB möge per Beschluss entscheiden wie folgt:

- (i) Die Beschwerdegegnerin ist gemäß Art 15(1) iVm Artikel 5(1)(a) DSGVO schuldig, dem Beschwerdeführer zu beauskunften, auf welche Dokumente sie sich in der Auskunft (Beilage ./C) bezieht und diese dem Beschwerdeführer zugänglich zu machen;
- (ii) Die Beschwerdegegnerin ist gemäß Artikel 15(1)(a) DSGVO schuldig, dem Beschwerdeführer sämtliche Verarbeitungszwecke und Rechtsgrundlagen der jeweiligen Verarbeitungen differenziert zu beauskunften und hinsichtlich der auf Artikel 6(1)(a) DSGVO gestützten Verarbeitungen gemäß Artikel 7(1) iVm Art 5(2) DSGVO nachzuweisen, dass der Beschwerdeführer in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten eingewilligt hat.
- (iii) Die Beschwerdegegnerin ist gemäß Artikel 15(1)(c) DSGVO schuldig, dem Beschwerdeführer, sämtliche Empfänger (einschließlich Auftragsverarbeiter) der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zu beauskunften, sofern diese bekannt sind. In allen anderen Fällen ist die Beschwerdegegnerin verpflichtet, dem Beschwerdeführer zumindest Empfängerkategorien zu beauskunften.
- (iv) Die Beschwerdegegnerin ist gemäß Artikel 15(1)(d) DSGVO schuldig, dem Beschwerdeführer aufgeschlüsselt nach verarbeiteten Datenkategorien zu beauskunften, wie lange personenbezogene Daten des Beschwerdeführers, die Gegenstand der Verarbeitung sind, konkret gespeichert werden bzw. nach welchen Kriterien sich die Speicherdauer bestimmt.

- (v) Die Beschwerdegegnerin ist gemäß Artikel 15(1)(g) DSGVO schuldig, dem Beschwerdeführer alle verfügbaren Informationen über die Herkunft der personenbezogene Daten des Beschwerdeführers, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zu beauskunften.
- (vi) Die Beschwerdegegnerin gemäß Artikel 15(3) DSGVO schuldig, dem Beschwerdeführer eine Kopie sämtlicher ihn betreffender Verkehrsdaten iSd § 92(3) Z 4 TKG 2003, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung zu stellen.
- (vii) Die Beschwerdegegnerin gemäß Artikel 15(3) DSGVO schuldig, dem Beschwerdeführer eine Kopie sämtlicher ihn betreffender Standortdaten iSd § 92(3) Z 6 TKG 2003, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung zu stellen.
- (viii) Die Beschwerdegegnerin gemäß Artikel 15(3) DSGVO schuldig, dem Beschwerdeführer eine Kopie sämtlicher ihn betreffender Standortkennungen iSd § 92(3) Z 6a TKG 2003, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung zu stellen.

#### **D. SONSTIGES**

Wir sind jederzeit gerne für Rückfragen faktischer oder rechtlicher Natur behilflich, die Sie für die Bearbeitung dieser Beschwerde benötigen sollten. Bitte kontaktieren Sie uns unter [REDACTED] oder [REDACTED]

Wien, 12.06.2020