

## Nova Producta im Zivilprozessrecht

Zivilverfahrens-Novelle 2009

2. GewaltschutzG

BudgetbegleitG 2009

Doppelbesteuerungsabkommen durchlöchern  
Bankgeheimnis

Amtshaftungsimmunität  
Beliehener juristischer Personen

Neuer Rahmen für  
Private Equity und Venture Capital

Nach EuGH *Ilsinger*  
Ansprüche gemäß § 5j KSchG

Kumulation von Dienstnehmer-Krankheit  
Und sonstigen Abwesenheiten

Datenschutz  
OGH zum Widerspruchsrecht

# Datenschutz: OGH auf Abwegen?

MARKUS DÖRFLER

Mit der E des OGH zum Widerspruchsrecht<sup>1)</sup> gem § 28 Abs 2 DSGVO 2000 (im Folgenden kurz DSGVO) wurde wieder einmal bewiesen, dass ein Urteil oft mehr Fragen aufwirft, als es beantwortet. Da die E bereits mehrfach Gegenstand von Kommentaren war, verzichte ich an dieser Stelle auf eine genaue Schilderung des Sachverhalts und gebe lediglich die Leitsätze wieder:

Der OGH erkannte, dass die materiellen Voraussetzungen für das Widerspruchsrecht (1) die nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme (2) in eine öffentlich zugängliche Datei sind, wobei Datenbanken von Bonitätsauskunftsunternehmen als öffentlich zugänglich iSd § 28 Abs 2 DSGVO zu qualifizieren sind, selbst wenn die Daten nur von Kunden des Bonitätsauskunftsunternehmens eingesehen werden können und die Kunden gewisse einfache Kriterien erfüllen müssen.

Diese E des OGH hat in der Lit zu einem förmlichen Aufschrei geführt. *Jahnel*<sup>2)</sup> hat schon zu der E des OLG Wien,<sup>3)</sup> die der E des OGH voranging, ausgeführt, dass sich die Frage der Öffentlichkeit nicht mit dem vom Gesetzgeber Gewollten decke,<sup>4)</sup> § 28 Abs 2 DSGVO womöglich nicht den Vorgaben der DatenschutzRL<sup>5)</sup> entspreche und durch die Qualifizierung von Bonitätsdaten als öffentliche Daten der Betroffene uU seinen Grundrechtsschutz verliere.

*Knyrim*<sup>6)</sup> sieht dies ähnlich und findet das Ergebnis, Datenbanken von Bonitätsauskunftsunternehmen seien öffentlich iSd § 28 Abs 2 DSGVO, nicht befriedigend.

*Forgó* und *Kastelitz*<sup>7)</sup> führen unter Verweis auf die E aus, dass „europarechtliche, systematische, semantische, rechtsvergleichende und teleologische Argumente [dafür] sprechen [...], den Begriff der ‚öffentlich zugänglichen Datei‘ in § 28 Abs 2 DSGVO 2000 eng zu interpretieren“, weshalb die E des OGH verfehlt sei.

Zuletzt führte *Leissler* aus,<sup>8)</sup> dass die E des OGH zu einer signifikanten Ausweitung des Öffentlichkeitsbegriffs führe und ua Unternehmensdatenbanken nunmehr als öffentlich zu qualifizieren seien.

Obwohl viele dieser Einwände auf den ersten Blick richtig und nachvollziehbar erscheinen, halten diese einer genaueren Prüfung nicht stand, sodass mE die E des OGH als richtig zu qualifizieren ist:

Zuerst muss zwischen dem vom europäischen und innerstaatlichen Gesetzgeber Gewollten einerseits und dem durch den österreichischen Gesetzgeber Umgesetzten andererseits unterschieden werden. Fast alle der oben genannten Meinungen ziehen zur Interpretation der E eine teleologische Interpretationsmethode heran. Dabei lassen die Autoren jedoch außer Acht, dass der Gesetzgeber mit § 28 Abs 2 DSGVO eine Norm geschaffen hat, die – bis auf zwei Begriffe – klar und daher, mit Ausnahme dieser beiden Begriffe, „interpretationsresistent“ ist: „Gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datei kann der Betroffene jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben. Die Daten sind binnen acht Wochen zu löschen.“<sup>9)</sup>

Zwar mag es richtig sein, dass die Konsequenzen des Urteils in Bezug auf die Wirtschaft negativ sein können<sup>10)</sup> – ein derartiges rechtspolitisches Vorbringen erstattete auch das beklagte Bonitätsauskunftsunternehmen im Zuge des Verfahrens –, der OGH hat jedoch (richtigerweise) auf derartige Überlegungen keinen Bedacht genommen, da der Wortlaut des Gesetzes eindeutig ist. Der OGH hätte das Gesetz zur Prüfung dem VfGH bzw dem EuGH nur vorlegen dürfen, wenn er an der Verfassungskonformität oder an der Gemeinschaftskonformität gezweifelt hätte. Da der OGH weder an der Verfassungskonformität (die Norm räumt dem Betroffenen mehr Rechte ein und kann damit nicht gegen das Grundrecht auf Datenschutz verstoßen) noch an der Gemeinschaftskonformität zweifelte, war die Norm so anzuwenden, wie sie der nationale Gesetzgeber geschaffen hat.

Der OGH musste somit nur die beiden unbestimmten Begriffe „öffentlich zugängliche Datei“ und „gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine Datei“ auslegen:

Zur „öffentlich zugänglichen Datei“: Der OGH qualifizierte – unter Verweis auf die Vorinstanzen – die Datenanwendung als „öffentlich zugänglich“, da sie nicht nur einem im Vorhinein bestimmten, nach außen hin begrenzten Personenkreis von Amts- und Geheimnisträgern zugänglich ist, sondern jedem Unternehmer, der ein konkretes, berechtigtes Interesse betreffend eine von ihm zu erbringende Vorleistung auf Ziel und Kredit behauptet.

Dabei kann grds das Entrichten einer für jedermann erschwinglichen Gebühr dem Begriff der Öffentlichkeit nicht entgegenstehen, da in diesem Fall bspw das Programm eines Pay-TV-Anbieters oder selbst der Inhalt einer Tageszeitung nicht öffentlich wären. In diesem Sinn hat auch bereits die DSK entschieden.<sup>11)</sup> Das Besondere im konkreten Fall war, dass ein potenzieller Kunde lediglich folgende Kriterien erfüllen musste: Es musste sich um ein Unternehmen

Mag. Markus Dörfler, LL.M., ist Rechtsanwaltsanwarter in der Kanzlei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1) OGH 1. 10. 2008, 6 Ob 195/08 g.

2) *Jahnel*, JusIT 2008, 184.

3) OLG Wien 14. 4. 2008, 13 R 44/08 y.

4) *Jahnel* verweist dabei auf die ErläutRV 1613 BlgNR20. GP.

5) RL 95/46/EG in der Folge RL 2002/58/EG.

6) *Knyrim*, ecolex 2008, 1060.

7) *Forgó/Kastelitz*, JusIT 2009, 18.

8) *Leissler*, ecolex 2009, 181.

9) § 28 Abs 2 DSGVO.

10) Da jedermann Widerspruch gegen die Datenverarbeitung erheben kann, könnte eine große „Widerspruchswelle“ auf Bonitätsauskunftsunternehmen zukommen und damit deren Geschäftsmodell – jedenfalls aufgrund der lex lata – unmöglich machen. Denn wird von vielen Menschen gegen die Verarbeitung ihrer Daten Widerspruch erhoben, wird in Zukunft nicht mehr klar sein, ob jemand über eine gute oder eine schlechte Bonität verfügt, da es nicht mehr nachvollziehbar sein wird, ob er nicht oder nicht mehr in der Bonitätsdatenbank gespeichert ist.

11) DSK v 29. 11. 2005, K211.593/0011-DSK/2005.

handeln, das „ein überwiegendes berechtigtes Interesse“ an den Daten nachzuweisen vermag, wobei eine Bestellung, eine Angebotsaufforderung oder eine offene Rechnung als ausreichender Interessennachweis gilt. Es war damit so gut wie jedem Unternehmen möglich, die Daten vom Bonitätsauskunftsunternehmen zu beziehen. An dieser Qualifizierung ändert auch die Tatsache nichts, dass der Auftraggeber (hier das Bonitätsauskunftsunternehmen) keinem Kontrahierungszwang unterliegt und damit er letztendlich die Entscheidung trifft, ob er mit einem Dritten einen Vertrag abschließt. Denn es ist in diesem Fall für den Betroffenen von vornherein nicht feststellbar, wer letztendlich die Daten über ihn einsehen kann und wer nicht.

Der von *Leissler* in diesem Zusammenhang aufgeworfene Einwand,<sup>12)</sup> dass damit auch vernetzte Unternehmensdatenbanken als öffentlich zugänglich zu qualifizieren seien, ist unbegründet. Gerade Unternehmen werden dafür sorgen, dass deren Daten nicht einem möglichst großen, sondern einem möglichst eingeschränkten Personenkreis zugänglich sind. Weiters kann nur der eingeschränkte Kreis von Mitarbeitern in die Datenbank eines Unternehmens einsehen und nicht deren (unbestimmt großer Kreis von) Kunden, weshalb die Voraussetzungen für die Einsichtnahme in die Datei gänzlich andere sind, als wenn die Daten ausschließlich Kunden zur Verfügung gestellt werden. Dasselbe gilt auch für jene Daten, die Unternehmen über Betroffene für Buchhaltungs- oder Abrechnungszwecke speichern. Auch hier haben ausschließlich Mitarbeiter die Erlaubnis, Einsicht in die Daten zu nehmen, sodass das Element der Öffentlichkeit nie erfüllt wird.<sup>13)14)</sup>

Zur „gesetzlich angeordneten Aufnahme in eine Datei“: Grds ist dieser Tatbestand erfüllt, wenn das Gesetz ausdrücklich normiert, dass bestimmte Daten gespeichert werden sollen. Ein Beispiel für eine solche gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine Datei – noch dazu in eine öffentlich zugängliche Datei – ist § 99 Abs 2 EO. Gemäß dieser Norm sind bei der Zwangsverwal-

tung von Liegenschaften der Name des Verpflichteten und der Name des bestellten Liegenschaftsverwalters in der Ediktsdatei öffentlich bekannt zu machen.

Wenn nun § 28 Abs 2 DSGVO 2000 von einer „nicht gesetzlich angeordneten Aufnahme“ spricht, so handelt es sich dabei um all jene Fälle, in denen Daten in eine Datei zwar aufgenommen wurden, es für diese Aufnahme jedoch keine ausdrückliche gesetzliche Anordnung gibt, wie bspw § 99 Abs 2 EO eine solche vorsieht. Als Voraussetzung für eine gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine Datei muss das Gesetz somit genau definieren, welche Daten in welcher Datei für welche Dauer gespeichert werden.

Im Lichte all dieser Erwägungen konnte der OGH zu keinem anderen Ergebnis kommen, als dass der Widerspruch des Betroffenen gem § 28 Abs 2 DSGVO zulässig war. Dabei kam noch nicht einmal das wohl stärkste Argument zum Tragen: § 28 DSGVO konkretisiert eine Spielart der Datenlöschung, die in § 1 DSGVO sogar als Grundrecht definiert ist. § 28 Abs 2 DSGVO ist daher immer im Hinblick auf das Grundrecht auf Datenschutz auszulegen, weshalb eine restriktive Auslegung mE fehl am Platz wäre.

Da – zweifellos – Bonitätsauskunftsunternehmen einen wichtigen Platz im wirtschaftlichen Leben einnehmen, bleibt noch eine Frage offen: Was wird der Gesetzgeber unternehmen, um einerseits den Bonitätsauskunftsunternehmen weiterhin ihr Geschäftsmodell zu ermöglichen und andererseits zu gewährleisten, dass Betroffene – also wir alle – ihr Grundrecht auf Datenschutz weiterhin durchsetzen können?

12) *Leissler*, *ecolex* 2009, 181.

13) Üblicherweise dürfen auch nicht alle Mitarbeiter, sondern nur spezielle mit Buchhaltung und Abrechnung betraute Mitarbeiter derartige Daten einsehen.

14) Wenn etwa Banken oder Versandhäuser diese Daten an Bonitätsauskunftsunternehmen weiterleiten, stimmen die jeweiligen Kunden in aller Regel bereits bei Vertragsunterzeichnung der Datenübermittlung zu, weshalb dieser Fall hier nicht einschlägig ist.