

# DATENSCHUTZ & E-GOVERNMENT



Prof. Dr. Nikolaus Forgó/Mag. Markus Kastelitz LL.M.  
Universität Hannover

■ jusIT 2009/11, 18

## Das Widerspruchsrecht gem § 28 Abs 2 DSG 2000

Mehrfach wurden in der Judikatur, jüngst auch vom OGH, Bonitätsdatenbanken von Auskunftsteilen über Kreditverhältnisse als öffentlich zugängliche Dateien gem § 28 Abs 2 DSG 2000 beurteilt. Dieser Beitrag analysiert kritisch ua die von der Rechtsprechung verwendete Argumentation zur öffentlichen Zugänglichkeit und das sich daraus ergebende Widerspruchsrecht.

**Deskriptoren:** Datenschutzrecht, Widerspruchsrecht, Bonitätsdaten, Auskunftsteil über Kreditverhältnisse, Öffentlichkeit

**Normen:** DSG 2000: § 28 Abs 2; GewO: § 152; Datenschutz-RL: Art 14

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

### 1. Einleitung<sup>1)</sup>

In letzter Zeit gewinnt das in § 28 Abs 2 DSG 2000<sup>2)</sup> normierte Widerspruchsrecht durch die dazu ergangene Judikatur und die Spruchpraxis der Datenschutzkommission (DSK) an Bedeutung und erregt öffentliches Interesse.<sup>3)</sup> Neben dem Auskunftsrecht (§ 26) und dem Recht auf Richtigstellung oder Löschung (§ 27) führte das ebenfalls im 5. Abschnitt<sup>4)</sup> des DSG 2000 normierte Widerspruchsrecht bis zum Jahre 2005<sup>5)</sup>

ein datenschutzrechtliches Schattenda-sein.

§ 28 sieht eine abgestufte Regelung vor: Nach Abs 1 hat jeder Betroffene das Recht, gegen die Verwendung seiner Daten wegen Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, die sich aus seiner besonderen Situation ergeben, beim Auftraggeber der Datenanwendung Widerspruch zu erheben, sofern die Verwendung der Daten nicht gesetzlich vorgesehen ist. Der Auftraggeber hat bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Daten des Betroffenen zu löschen und allfällige Übermittlungen zu unterlassen. Während also nach § 28 Abs 1 eine Interessenabwägung<sup>6)</sup> stattzufinden hat, scheint das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs 2 eine solche nicht (ausdrücklich) zu fordern. Nach dieser Bestimmung kann der Betroffene gegen eine *nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datei* jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben, woraufhin die Daten binnen acht Wochen zu löschen sind.<sup>7)</sup>

Brisant ist diese Norm insbesondere für Auskunftsteile über Kreditverhältnis-

se gem § 152 GewO,<sup>8)</sup> weil sich nach der bisherigen Auslegung jedermann, dessen Bonitätsinformationen bei diesen Institutionen gespeichert sind, jederzeit ohne irgendeine Begründung durch Erhebung eines Widerspruches aus diesen Datenbeständen löschen lassen kann. Dies könnte – wie *Jahnel* dies bezüglich Auskunftsteilen treffend bemerkt – im Extremfall zu einem Entzug der Datenbasis dieses Gewerbes führen<sup>9)</sup> und Folgen für die Gesamtwirtschaft entfalten, weil der Informationswert von Bonitätsdatenbanken naturgemäß erheblich sinken könnte.

Im Folgenden soll § 28 Abs 2 einer näheren Analyse unterzogen werden.<sup>10)</sup>

- 1) Dieser Aufsatz beruht zT auf einem von den Verfassern erstellten Gutachten.
- 2) BG über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000), BGBl I 1999/165 iF BGBl I 2008/2. Im Weiteren beziehen sich Paraphrasen ohne Gesetzesangabe auf das DSG 2000.
- 3) S dazu zB jüngst: Das Ende der Kreditauskunft, Die Presse, Printausgabe v 12. 12. 2008, <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/437059/index.do>; Datenschutz: „Schuldentrei“, einfach so, Die Presse, Printausgabe v 7. 8. 2008, <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/404298/index.do>; VKI: OGH billigt Löschung von Bonitätsdaten, WebStandard v 11. 12. 2008, <http://derstandard.at/?id=1227288410945>.
- 4) Dieser ist übertitelt mit „Die Rechte des Betroffenen“.
- 5) DSK 29. 11. 2005, K211.593/0011-DSK/2005: In dieser Empfehlung beurteilte die DSK – soweit ersichtlich erstmalig – die Bonitätsdatenbank eines Vereines als öffentlich zugängliche Datei gem § 28 Abs 2, da – so auszugsweise die DSK – „das bloße Bestehen einer Kostenpflicht für eine Abfrage sowie das Erfordernis, sich zum Nachweis der entitleden Entgelte zu identifizieren, diese Eigenschaft nicht aufzuheben vermögen.“

- 6) S allg zur Interessenabwägung im Datenschutzrecht RIS-Justiz RS0107203.
- 7) Hervorhebung durch die Verfasser.

8) Der Anwendungsbereich könnte jedoch uU auch auf Kreditinstitute ausgedehnt werden. So sah der OGH (allerdings in Zusammenhang mit § 33) eine Eintragung in die Warnliste der Banken angesichts der großen Zahl von Teilnehmern an diesem Informationsverbundsystem als öffentlich zugängliche Verwendung an (6 Ob 275/05t; so auch *Jahnel*, jusIT 2008/87, 184 f; aA offenbar die DSK in der konsolidierten Fassung der Bescheide K095.014/016-DSK/2001 u K095.014/021-DSK/2001 [Warnliste der österr Kreditinstitute], dort erfolgte „nur“ ein Hinweis auf § 28 Abs 1).

9) *Jahnel*, jusIT 2008/32, 73; s auch Das Ende der Kreditauskunft, Die Presse, Printausgabe v 12. 12. 2008, <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/437059/index.do>.

10) S jüngst auch *Knyrim*, Widerspruch gegen die Datenverarbeitung in Wirtschaftsauskunftsteilen? *ecolex* 2008, 1060.

## 2. „Öffentliche Zugänglichkeit“ in der Rechtsprechung (Überblick)

In mehreren E haben sich die DSK<sup>11)</sup> und Gerichte,<sup>12)</sup> nunmehr auch der OGH,<sup>13)</sup> mit der Frage einer öffentlichen Zugänglichkeit von Bonitätsdatenbanken im Zusammenhang mit § 28 Abs 2 bzw § 33 befasst. Sowohl die DSK wie auch die mit § 28 Abs 2 befassten Gerichte qualifizieren eine Datenanwendung einer Auskunft über Kreditverhältnisse als öffentlich zugängliche Datei. Jedoch unterblieb bisher eine gründliche Beschäftigung mit § 28 Abs 2, der zugrunde liegenden Datenschutz-RL<sup>14)</sup> und der privatrechtlichen Autonomie der Auskunfteien. Stattdessen rekurren die Entscheidungen insbesondere auf zwei Argumente, die im Folgenden kurz behandelt werden sollen.<sup>15)</sup>

### 2.1. Vergleich von privatrechtlichen Datenanwendungen mit „öffentlichen“ Daten

Mehrfach wurde von der DSK ein Vergleich von Bonitätsdatenbanken mit dem Grundbuch (GB) und Firmenbuch (FB) angestellt.<sup>16)</sup>

Der Vergleich zwischen einer Datenbank eines Privatunternehmens mit von der öffentlichen Hand betriebenen Datenbanken ist jedoch nicht überzeugend: Zwar kann der Argumentation insofern gefolgt werden, als eine etwaige Entgeltlichkeit des Zugangs zur Datenbank per se die öffentliche Zugänglichkeit nicht allein ausschließen kann. Jedoch ist gem § 7 GBG (formelles Publizitätsprinzip) bzw § 34 Abs 1 FBG und § 9 Abs 1 UGB der öffentliche Zugang zum GB bzw FB gesetzlich normiert und daher gerade nicht Gegenstand privatautonomer Entschei-

dungen.<sup>17)</sup> Es besteht also bei öffentlichen Datenbanken ein Rechtsanspruch auf Einsichtnahme, für durch Private betriebene Datenanwendungen würde dies einen (in diesem Zusammenhang nicht existierenden) Kontrahierungszwang voraussetzen.

### 2.2. Öffentliche Zugänglichkeit durch „nach außen hin unbeschränkten Benutzerkreis“

Hier soll auszugsweise die vom OGH gebilligte E des OLG Wien vom 14. 4. 2008 wiedergegeben werden:<sup>18)</sup> „... Die Datei über Bonitätsdaten ist ‚öffentlich zugänglich‘, weil – wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat – sie nicht nur einem von vornherein bestimmten, nach außen hin begrenzten Personenkreis zugänglich ist, sondern jedem Unternehmer, der ein konkretes berechtigtes Interesse wegen einer von ihm zu erbringenden Vorleistung auf Ziel und Kredit behauptet, zu gewähren ist ...“.

Bei dieser Argumentation wird nicht trennscharf zwischen einem Angebot ad incertae personas und einer invitatio ad offerendum ad incertae personas differenziert. Üblicherweise stellt der Interessent an die Auskunft ein Angebot, welche dieses ua im Hinblick auf ein bestehendes rechtliches Interesse prüfen muss und erst danach (schlüssig) annimmt oder ablehnt. Es obliegt daher dem Unternehmen, in jedem Einzelfall im Rahmen der Privatautonomie über die Aufnahme von Vertragsbeziehungen zu einem neuen Kunden zu entscheiden.

Folgt man der gerichtlichen Einschätzung, dann wird die Vermeidung der Konsequenzen des § 28 Abs 2 für den Betreiber einer Auskunft im Ergebnis nur insoweit erschwert, als er gefordert ist, die invitatio ad offerendum eben nicht gegenüber jedermann, sondern nur gegenüber bestimmten Personen, etwa gegenüber Mitgliedern eines Vereins, abzugeben. Damit ließe sich § 28 Abs 2 in dem Verständnis, den das Gericht anlegt, ohne Weiteres unterlaufen.

## 3. Rechtsgrundlagen

Das DSG 2000 fußt bekanntlich maßgeblich auf der DSRL, § 28 soll die Vorgaben des Art 14 DSRL umsetzen.<sup>19)</sup>

### 3.1. Europarecht: Art 14 DSRL

Im Abschnitt VII sieht Art 14 lit a DSRL unter der Überschrift „Widerspruchsrecht der betroffenen Person“ Folgendes vor:<sup>20)</sup>

„Widerspruchsrecht der betroffenen Person

Die Mitgliedstaaten erkennen das Recht der betroffenen Person an,

a) zumindest in den Fällen von Artikel 7 Buchstaben e) und f) jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen zu können, dass sie betreffende Daten verarbeitet werden; dies gilt nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung. Im Fall eines berechtigten Widerspruchs kann sich die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht mehr auf diese Daten beziehen;“ (...)

Wie insbesondere aus dem ErWG 45 deutlich wird,<sup>21)</sup> geht der Richtlinienggeber von einer Interessenabwägung zwischen der datenverarbeitenden Stelle und dem Betroffenen aus.

Hintergrund der europarechtlich vorgesehenen Interessenabwägung ist, dass Auskunfteien, wie auch der EuGH festhält, „grundsätzlich geeignet [sind], die Ausfallquote von Kreditnehmern zu verringern und dadurch den Wirkungsgrad des Kreditangebots zu erhöhen“<sup>22)</sup> und damit Kreditkosten reduzieren können.<sup>23)</sup> Im Lichte dieser erwünschten Eignung ist auch der europäische Richtlinienggeber dazu übergegangen, Verpflichtungen zur Überprüfung der Kreditwürdigkeit mithilfe von Auskunfteien zu etablieren.<sup>24)</sup>

20) Der hierzu maßgebliche Erwägungsgrund (EG) 45 lautet: „Auch wenn die Daten Gegenstand einer rechtmäßigen Verarbeitung aufgrund eines öffentlichen Interesses, der Ausübung hoheitlicher Gewalt oder der Interessen eines einzelnen sein können, sollte doch jede betroffene Person das Recht besitzen, aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen Widerspruch dagegen einzulegen, dass die sie betreffenden Daten verarbeitet werden. Die Mitgliedstaaten können allerdings innerstaatliche Bestimmungen vorsehen, die dem entgegenstehen.“ Art 14 lit b DSRL sieht ein Widerspruchsrecht ohne Interessenabwägung nur bei Datenverwendung für Direktmarketing-Zwecke vor.

21) 5 FN 20.

22) EuGH 23. 11. 2006, Rs C-238/05, Asnef-Equifax, Rz 47.

23) EuGH 23. 11. 2006, Rs C-238/05, Asnef-Equifax, Rz 55.

24) RL 2008/48/EG v 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge, ABl 2008 L 133 S 66, s auch unten 4.3.

11) DSK 29. 11. 2005, K211.593/0011-DSK/2005; 27. 4. 2007, K211.797/0004-DSK/2007.

12) OGH 1. 10. 2008, 6 Ob 195/08 g; OLG Wien 14. 4. 2008, 13 R 44/08 y; LG f ZRS Wien 18. 12. 2007, 53 Cg 92/07 z; OLG Wien 17. 6. 2008, 14 R 74/08 t (ordentliche Revision zugelassen); LG f ZRS Wien 15. 2. 2008, 53 Cg 106/07 h; LG f ZRS Wien 31. 3. 2008, 55 Cg 63/07 z (laut DSK zu 211.797/0004-DSK/2007 rechtskräftig); OLG Linz 2. 9. 2008, 4 R 110/08 m.

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

14) RL 95/46/EG v 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 281 v 23. 11. 1995 S 31, im Weiteren „DSRL“.

15) Zur Heranziehung der Volksöffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen für die Auslegung des Öffentlichkeitsbegriffs (zutreffen kritisch) *Knyrim*, *ecolex* 2008, 1060 (1062).

16) 29. 11. 2005, K211.593/0011-DSK/2005 (auf diese verweist nunmehr auch der OGH, s FN 12); 27. 4. 2007, K211.797/0004-DSK/2007.

17) Vgl zur „zweifachen“ Öffentlichkeit *Morscheri/Christ*, Öffentliche Bücher, Evidenzen, Listen, Register, Verzeichnisse, ZfV 2005, 158 (159 f). FB u GB sind auch öffentliche Register iSv § 3 Z 18 BundesstatistikG.

18) OLG Wien 14. 4. 2008, 13 R 44/08 y (s FN 12); ähnlich LG f ZRS Wien 31. 3. 2008, 55 Cg 63/07 z.

19) ErlRV 1613 BlgNR 20. GP 47.

### 3.2. Europarechtskonformität von § 28 Abs 2 DSGVO 2000?

Wie ausgeführt, geht Art 14 DSRL iVm EG 45 von einer Interessenabwägung zwischen Betroffenen und datenverarbeitender Stelle aus, wohingegen § 28 Abs 2 diese Abwägung nicht kennt. Fraglich ist, ob diese Überschreitung des europarechtlichen Schutzniveaus zulässig ist.

Die DSRL verfolgt zwei Ziele: Einerseits den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere auch der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art 1 Abs 1); andererseits den freien Verkehr personenbezogener Daten (Art 1 Abs 2). Durch eine Harmonisierung der Datenschutzstandards auf Basis der DSRL sollen beide Ziele erreicht werden.<sup>25)</sup> Die Harmonisierungsziele sind dann für das Funktionieren des Binnenmarktes besonders wichtig, wenn ein Datenverarbeitungsphänomen flächendeckend in den Mitgliedstaaten (MS) vorkommt, wie dies bei Bonitätsdatenbanken der Fall ist.<sup>26)</sup>

In der Rechtssache „Lindqvist“<sup>27)</sup> hat sich der EuGH ua mit der Frage befasst, inwiefern es MS freisteht, das durch die DSRL vorgegebene Datenschutzniveau zu überschreiten. Der EuGH führte dazu aus, dass die DSRL zu „einer grundsätzlich umfassenden Harmonisierung“ führen solle.<sup>28)</sup> Daraus folgert der Gerichtshof, dass die MS verpflichtet seien, Umsetzungsmaßnahmen innerhalb des Anwendungsbereichs der RL nur „im Einklang mit ihrem Ziel [zu setzen], ein Gleichgewicht zwischen dem freien Verkehr personenbezogener Daten und dem Schutz der Privatsphäre zu wahren“.<sup>29)</sup>

Die MS sind daher nach der Judikatur des EuGH nicht in der Position, nach Erlass der RL datenschutzrechtliche Schutzstandards zu etablieren, die, weil sie den Standard der RL überschreiten, das Richtlinienziel des freien Verkehrs personenbezogener Daten (und damit den Binnenmarkt) gefährden. Gleichzeitig lässt sich der DSRL jedoch entnehmen, dass ein bereits erreichtes mitgliedstaatliches Datenschutzniveau aufgrund der Umsetzungsmaßnahmen nicht unterschritten werden darf.<sup>30)</sup>

25) Vgl insb ErwG 7 u 8 DSRL.

26) Vgl Art 29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier über Schwarze Listen, WP 65, angenommen am 3. 10. 2002, 3.

27) Urteil vom 6. 11. 2003, Rs C-101/01, Lindqvist, Slg 2003, I-12971.

28) S FN 27 Rz 96.

29) S FN 27 Rz 97.

30) EG 10 Satz 2: „Die Angleichung dieser Rechtsvorschriften darf deshalb nicht zu einer Ver-

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die MS frei sind, vor Erlass der DSRL eingeführte, über das Schutzniveau der DSRL hinausgehende Regelungen beizubehalten, während das Schutzniveau durch nationalstaatliche Normen nach Inkrafttreten der DSRL nur insoweit überschritten werden darf, als dadurch das Gleichgewicht zwischen den Regulierungszielen der DSRL nicht gestört wird.<sup>31)</sup>

Bekanntlich wurde § 28 Abs 2 erst nach Verabschiedung der DSRL Bestandteil der österr Rechtsordnung. Wie auch die Materialien ausführen, kannte das österr Datenschutzrecht vor dem DSGVO 2000 kein eigenes Widerspruchsrecht.<sup>32)</sup> Somit wird durch § 28 Abs 2 das Schutzniveau der RL durch eine nationalstaatliche Sonderregel überschritten.

### 3.3. Gefährdung des europarechtlich vorgegebenen Interessengleichgewichts?

Wie gezeigt, handelt es sich bei § 28 Abs 2 um eine die europarechtlichen Vorgaben übersteigende Norm, die sich auch zB in Deutschland so nicht findet.<sup>33)</sup> Sie ist daher wegen des Grundsatzes der richtlinienkonformen Interpretation und aufgrund der insoweit bindenden Vorgaben des EuGH jedenfalls in einer Weise zu interpretieren, die das europarechtlich vorgegebene Interessengleichgewicht nicht unterwandert. Daher liegt es nahe, den Begriff der öffentlich zugänglichen Datei in einer Weise restriktiv zu interpretieren, die es datenschutzgesetzkonform (!) agierenden Auskunftseien ermöglicht, sich derart zu

ringerung des durch diese Rechtsvorschriften garantierten Schutzes führen, sondern muss im Gegenteil darauf abzielen, in der Gemeinschaft ein hohes Schutzniveau sicherzustellen.“

31) So im Ergebnis auch Ina Becker, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens (Hamburg 2006) 125 mwN, 500; vgl M. Wolf in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union III, 34. EL 2008 (München) A 1 RN 10: „Die Richtlinie enthält ... nicht nur Mindeststandards, sondern zugleich die Höchststandards des Datenschutzes.“

32) ErlRV 1613 BlgNR 20. GP 47 f.

33) In Deutschland ist eine Interessenabwägung bei Verarbeitung personenbezogener Daten in Auskunftseien bzw Bonitätsdatenbanken erforderlich, s § 29 Abs 1 Z 1 u Abs 2 Z 2 BDSG; Gola/Schomerus, BDSG<sup>2</sup> (2007) § 29 RN 9 ff. Daran wird sich auch in näherer Zukunft nichts ändern, vgl den von der deutschen BRReg am 10. 12. 2008 beschlossenen Entwurf einer BDSG-Novelle, [http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Gesetze/Entwurf\\_BDSG\\_template=raw,property=publicationFile.pdf/Entwurf\\_BDSG.pdf](http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Gesetze/Entwurf_BDSG_template=raw,property=publicationFile.pdf/Entwurf_BDSG.pdf), bei der Bewertung der Zulässigkeit der Datenübermittlung an eine Auskunftseie wird (weiterhin) auf die Interessenlage abgestellt.

verhalten und derart vertraglich mit ihren Kunden Vereinbarungen zu treffen, dass das – volkswirtschaftlich erwünschte – Verfolgen ihres Geschäftsmodells nicht unmöglich gemacht wird.<sup>34)</sup>

### 4. Auslegung des Begriffes „öffentlich zugängliche Datei“

Zunächst ist anzumerken, dass weder die DSK noch die Gerichte die Gesetzesmaterialien oder die zu § 28 existierenden (wenn auch spärlichen) Literaturmeinungen diskutiert haben, obwohl – zumindest die Judikatur der Zivilgerichte betreffend – aus den Begründungen zur jeweiligen Zulassung der ordentlichen Revision hervorgeht,<sup>35)</sup> dass die aufgeworfenen Fragen keine unbedeutenden sind und eine Klärung der – offenbar selbst nicht vollkommen zweifelsfrei beantworteten – Rechtsfragen erst vom OGH vorgenommen werden kann. Dieser zitiert zwar nunmehr die Materialien,<sup>36)</sup> lässt aber eine eingehende Analyse ebenfalls vermissen. Um die von den Gerichten und der DSK geäußerte Beurteilung von Bonitätsdatenbanken einordnen zu können, soll zunächst auf die Formulierungen in § 28 eingegangen werden.

#### 4.1. Historische Auslegung

Bei § 28 Abs 2 handelt es sich um eine Regelung, in der der österr Gesetzgeber das in Art 14 DSRL vorgesehene Widerspruchsrecht eigeninitiativ erweitert hat. Das DSGVO 1978<sup>37)</sup> kannte kein Widerspruchsrecht,<sup>38)</sup> dieses wurde auch weder im DSGVO 1978 noch im DSGVO 2000 im Grundrecht auf Datenschutz verankert.<sup>39)</sup> Dem Gesetzgeber wird somit der

34) Auf hier allenfalls bestehende grundrechtliche Rechtspositionen (va hinsichtlich Eigentumsrecht, Erwerbsausübungsfreiheit) kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

35) OLG Wien, 14 R 74/08 t, 29 (jedoch zur „öffentlichen Zugänglichkeit“ in § 33 Abs 1 DSGVO) und OLG Wien, 13 R 44/08 y, 15 (zur fehlenden Jud zur Auslegung von § 28 Abs 2 DSGVO).

36) S FN 12.

37) BG v 18. 10. 1978 über den Schutz personenbezogener Daten, BGBl 1978/565.

38) Duschaneck, Neuerungen und offene Fragen im Datenschutzgesetz 2000, ZfV 2000, 526 (535); ähnl Souhrada-Kirchmayer, Der Vorschlag einer allgemeinen EG-Datenschutzrichtlinie und seine Auswirkungen auf das österreichische DSGVO, JBl 1995, 147 (153); Kotschy, The Implementation of the Data Protection-Directive 95/46/EG in Austria, in Kilian (Hrsg), EC Data Protection Directive (1997) 19.

39) S jeweils § 1 leg cit (Verfassungsbestimmungen); Duschaneck, Datenschutzrecht, in

Wille zuzuschreiben sein, die RL getreulich umzusetzen und nicht bewusst Verstöße herbeizuführen. Zur Erforschung dieses Willens ist alles Material verwertbar, das möglicherweise Schlüsse auf Vorstellungen, Wertungen und Zwecke des Gesetzgebers zulässt.<sup>40)</sup>

Die Erl zur RV<sup>41)</sup> ergeben (soweit sie nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckt sind) kein klares Bild: Warum von einem Interessenausgleich die Rede ist, ein solcher in § 28 Abs 2 jedoch gerade nicht erwähnt wird, bleibt auf den ersten Blick<sup>42)</sup> unklar.<sup>43)</sup>

Es soll daher zunächst der Frage nachgegangen werden, woher diese Divergenz zwischen den Erl zur RV und dem Gesetzeswortlaut stammt. Hier ist insbesondere auf den Entwurf eines „Datenschutzgesetzes 1998“ einzugehen.<sup>44)</sup> Die § 28 entsprechende Bestimmung war § 25 DSG-Entwurf 1998, Abs 2 lautete wie folgt:

**„WIDERSPRUCHSRECHT**

§ 25 (...) (2) Widerspruch gegen eine durch Gesetz nicht zwingend vorgesehene Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datei kann vom Betroffenen jederzeit auch ohne Nachweis der Verletzung überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen mit dem Anspruch auf Löschung erhoben werden.“<sup>45)</sup>

Die Erl zu § 25 DSG-Entwurf 1998 stimmen zwar weitestgehend mit den Erl zu § 28 DSG 2000 überein, hervorzuheben ist jedoch folgender Satz zu § 25 Abs 2 DSG-Entwurf 1998, der in den Erl zu § 28 DSG 2000 fehlt:

„... Diese Regelung findet in Art. 14 lit. a der Richtlinie ebenfalls ihre Deckung, da es auch hier um die Geltendmachung von überwiegenden schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen geht, die sich aus der besonderen Situation des Betroffenen ergeben.“<sup>46)</sup>

Aus dem Fehlen dieses Satzes kann uE gefolgert werden, dass die Europarechtskonformität von § 25 Abs 2 DSG-Entwurf 1998 unklar war, weswegen der Gesetzeswortlaut sowie Teile der Erl geändert wurden, was aber nicht unbedingt zu einer RL-Konformität führte.

Als Beispiele für Anwendungsfälle des § 28 Abs 2 werden in den Materialien „Verzeichnisse österreichischer Gewerbetreibender, die für Exportförderungszwecke verwendet werden; Einwohnerverzeichnisse; Verzeichnisse von Fernsprechteilnehmern, Telefaxanschlüssen, E-Mail-Adressen, usw.“ genannt.<sup>47)</sup> Was Teilnehmerverzeichnisse betrifft, so wird die Bestimmung ergänzt durch § 69 TKG 2003.<sup>48)</sup> Dieser sieht in Umsetzung der Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation<sup>49)</sup> in Abs 2 ua ein Lösungsrecht von Telefonbucheinträgen gegenüber einem Betreiber eines öffentlichen Telefondienstes vor, in Abs 5 leg cit kann eine inverse Suche ausgeschlossen werden.<sup>50)</sup> § 69 TKG greift aber kraft Wortlauts nicht gegenüber Dritten, die Telefonbücher herausgeben, da es sich bei diesen nicht um Betreiber eines öffentlichen Telefondienstes handelt, weswegen § 28 Abs 2 hier Bedeutung behält.

Es fällt auf, dass in der Diskussion vor Erlassung des DSG 2000, soweit zu sehen, ausschließlich nichtkontroverse Beispiele für die Anwendung von § 28 Abs 2 DSG 2000 angeführt wurden. Ein Telefonbucheintrag oder ein Verzeichnis österr. Gewerbetreibender sind hinsichtlich der Relevanz und Sensibilität der verarbeiteten Daten in aller Regel mit Bonitätsdaten nicht vergleichbar. Bei „harmlosen“ Daten wie Telefonbucheinträgen kann im Regelfall davon ausgegangen werden, dass deren Verwendung nicht Interessen des Datenbetroffenen in datenschutzrechtlich relevanter Weise berührt, solange der Betroffene der Verwendung nicht widersprochen hat.<sup>51)</sup> Wie anders gelagert ist hingegen die In-

teressenlage bei einer Bonitätsdatei, wo in jedem Einzelfall gegenläufige Interessen erheblichen Gewichts abzuwägen sind! Es ist daher wenig wahrscheinlich, dass ex ante an den hier nunmehr behandelten Zweck (Widerspruch gegen Bonitätsdatei) gedacht wurde.

Die historische Auslegung kann also keinen klaren Hinweis darauf geben, dass eine Bonitätsdatenbank nach den Vorstellungen des Gesetzgebers einen Anwendungsfall des § 28 Abs 2 darstellen soll.

#### 4.2. Wörtliche (grammatikalische) Auslegung

Eine Legaldefinition von „öffentlich zugänglich“ fehlt im DSG 2000.<sup>52)</sup> In Ermangelung eines gesetzlichen Sprachgebrauchs ist bei der Wortinterpretation auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen. „Öffentlich“ wird im Duden (auszugsweise) wie folgt umschrieben:<sup>53)</sup> „für jeden hörbar u. sichtbar; nicht geheim; (...) für die Allgemeinheit zugänglich, benutzbar“. „Öffentlichkeit“ ua als „Gesamtheit gesehener Bereich von Menschen, in welchem etwas allgemein bekannt [geworden] und allen zugänglich ist.“ „Zugänglich“: „für die Benützung oder ähnlich zur Verfügung stehend: eine ständig zugängliche Datenbank; diese Informationen sollten jedem/für jeden zugänglich sein.“

Nach der Rsp des VwGH erfordert „Öffentlichkeit“ zB, „dass die Belustigung öffentlich zugänglich ist, dass also ein unbeschränkter Personenkreis als Spieler oder Zuschauer daran teilnehmen kann.“<sup>54)</sup> Auch sonst dürfte der VwGH eine „Offenkundigkeit“ nur sehen, wenn eine jederzeitige Zugänglichkeit für jedermann, wie dies zB bei Grundbuch und Firmenbuch der Fall ist, vorliegt.<sup>55)</sup> Der OGH sah Äußerungen eines Auskunftsbüros als nicht öffentlich an (allerdings zu § 1330 Abs 2 ABGB).<sup>56)</sup>

Holoubek/Potacs (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I (2007) 322.

40) F. Byaliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991) 449 ff.

41) ErlRV 1613 BlgNR 20. GP 48.

42) Die Unklarheit ließe sich freilich beseitigen, wenn man davon ausginge, dass der Interessenausgleich – in Fortsetzung von § 28 Abs 1 – auch in § 28 Abs 2 als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal hineinzulesen ist.

43) So auch die Stellungnahme der Wirtschaftskammer zu einem Entwurf eines Datenschutzgesetzes 1998, Wiss800/98/DrRo/ProfDu/SM, 26 f. „Die in den Erläuterungen angeführte Begründung steht nicht in Übereinstimmung mit dem Inhalt der Regelung, der im übrigen auch in Art 14 RL nicht gedeckt erscheint ...“.

44) BKA, Entwurf eines BG über den Schutz personenbezogener Daten – Datenschutzgesetz 1998, GZ 810.026/8-V/3/98.

45) Hervorhebung durch die Verfasser.

46) Hervorhebung durch die Verfasser.

47) ErlRV 1613 BlgNR 20. GP 48; Souhrada-Kirchmayer, Das Datenschutzgesetz 2000, SozSi 2000, 938 (949 FN 51) führt an, dass in diesem Zusammenhang etwa an die Möglichkeit eines Betroffenen, gegen eine Telefonbuch-Datenanwendung Widerspruch zu erheben, die die rekursive (inverse) Abrufung seiner Daten vorsieht (Suche nicht von Namen in Richtung Telefonnummer, sondern von einer Telefonnummer aus zum Namen) gedacht worden sei.

48) BGBl I 2003/70.

49) RL 2002/58/EG v 12. 7. 2002, ABl L 201 v 31. 7. 2002, S 37.

50) Vgl Fejell/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 232 f.

51) Diese Einschätzung bestätigen auch die Mat ErlRV 1613 BlgNR 20. GP 48.

52) S § 4 Z 6 zur Definition einer „Datei“

53) Duden – Das Große Wörterbuch der deutschen Sprache in sechs Bänden (1976).

54) VwGH 26. 4. 1973, 0876/71.

55) VwGH 14. 10. 1992, 92/01/0049 = VwSlg 13721 A/1992; das dBVerfG definierte eine Informationsquelle als allgemein zugänglich, wenn sie technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, dh einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen, BVerfGE 27, 71; 33, 52.

56) 14. 3. 2006, 4 Ob 259/05 mwN; vgl 7. 4. 1959, 4 Ob 312/59; 23. 8. 2001, 6 Ob 165/01k; anders 28. 9. 1988, 1 Ob 38/88.

Auch der in mehreren Gesetzen verwendete Begriff „öffentlich zugänglich“<sup>57)</sup> ergibt, dass eine öffentliche Zugänglichkeit von Dateien nur dann vorliegt, wenn jedermann unter den selben Bedingungen Einsicht in die enthaltenen Daten nehmen und davon Kenntnis erlangen kann.

Man wird den Begriff „öffentlich zugängliche Datei“ daher (eng) derart auszulegen haben, dass darunter allgemein für jedermann „jederzeit“ zugängliche Datenbanken (zB [www.herold.at](http://www.herold.at) oder Wikipedia)<sup>58)</sup> fallen und nicht jegliche Dateien, auf die nur ein eingeschränkter, individualisierter Institutionenkreis Zugang hat.<sup>59)</sup>

#### 4.3. Systematisch-logische Auslegung

Das DSG 2000 kennt mehrere zu „öffentlich zugänglich“ ähnliche Begriffe. In § 1 Abs 1 wird im Verfassungsrang festgeschrieben, dass das Bestehen eines schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresses an den personenbezogenen Daten des Betroffenen ausgeschlossen ist, wenn Daten ua infolge ihrer *allgemeinen Verfügbarkeit*<sup>60)</sup> einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind. Eine Legaldefinition existiert im DSG 2000 dazu nicht, die Erläuterungen zur RV helfen auch nicht weiter.<sup>61)</sup> § 8 Abs 2 sieht vor, dass bei der Verwendung von *zulässigerweise*

*veröffentlichten* (nicht-sensiblen) Daten oder von nur indirekt personenbezogenen Daten schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht als verletzt gelten.<sup>62)</sup>

*Jahnel* bemerkt hierzu, dass sich aus dem – in Durchführung des § 1 Abs 1 letzter Satz ergangenen – ersten Satz des § 8 Abs 2 ergebe, dass (nicht-sensible) Daten ua dann „allgemein verfügbar“ seien, wenn sie „zulässigerweise veröffentlicht“ worden seien.<sup>63)</sup>

Weiters existieren Gesetzesbestimmungen, die die Einholung von Bonitätsauskünften vorsehen.<sup>64)</sup> Auch sah der OGH in § 1052 Satz 2 ABGB unter bestimmten Voraussetzungen eine Prüfungspflicht des Vorleistungspflichtigen vor Eingehung von Vertragsverbindlichkeiten (will der Vorleistungspflichtige nicht die Unsicherheitseinrede verlieren).<sup>65)</sup> Europarechtlich sieht die Verbrauchercredit-RL<sup>66)</sup> in Art 8 ua vor, dass der Kreditgeber vor Vertragsabschluss die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers „erforderlichenfalls“ mittels einer Datenbank überprüfen soll.

Zudem ist auf das Verhältnis zwischen § 152 GewO und § 28 Abs 2 DSG 2000 hinzuweisen, welches bei einer weiten Sichtweise des Begriffs der „öffentlich zugänglichen Datei“ zu einem Spannungsverhältnis führt.<sup>67)</sup> Selbst die DSK geht davon aus, dass es zur Verarbeitung von Bonitätsdaten eine rechtliche Be-

fugnis iSd § 7 Abs 1 sowie ein überwiegendes berechtigtes Interesse von Gewerbetreibenden an einer Verwendung von Daten über Kreditverhältnisse iSd § 1 Abs 2 bzw § 8 Abs 1 Z 4 geben kann.<sup>68)</sup> Ein derartiges Interesse bzw eine derartige Befugnis muss auch für die Kunden der Auskunftseien, aber auch für die Datenlieferanten bestehen, da ansonsten die Gewerbeausübung unmöglich wäre.

§ 152 GewO könnte jedoch unter der oben angeführten Judikatur zu einer „leeren Bestimmung“ werden, wäre doch zwar weiterhin das Ausüben des Gewerbes einer „Auskunftei über Kreditverhältnisse“ grundsätzlich zulässig, jedoch bei zwingend erfolgreichen Widersprüchen nach § 28 Abs 2 wirtschaftlich sinnlos.

#### 4.4. Teleologische Auslegung

§ 28 Abs 2 ist eine (als Ausnahme vom Regelfall eng zu interpretierende)<sup>69)</sup> Sonderform des Regelfalls des Widerspruchsrechts mit zwingender Interessenabwägung nach § 28 Abs 1.

Sie ist somit auf jene Fälle zu beschränken, in denen die verantwortliche Stelle bei Erhebung und Verwendung der Daten typischerweise auf schwierige Fragen der Interessenabwägung nicht trifft, weil Interessen des Betroffenen nicht (relevant) betroffen sind. In derartigen Fällen erscheint es zweckgerecht, im Gegenzug zur datenschutzrechtlich unkritischen Entscheidung der verantwortlichen Stelle über die Datenverarbeitung auch eine erleichterte Form des Widerspruchs des Betroffenen vorzusehen, weil derart die Vorabvermutung der nicht tangierten Interessen des Betroffenen schnell wieder aus der Welt geschaffen werden kann.

Hingegen handelt es sich bei Bonitätsdatenbanken regelmäßig um Datenbanken, die die Interessen des Betroffenen hochgradig berühren (s auch die „Vorabkontrollpflicht“ gem § 18 Abs 2 Z 3), daher hat eine differenzierte Interessenabwägung bei Verarbeitung dieser Daten von Beginn an zu erfolgen.

57) ZB § 16 Abs 1 GesundheitstelematikG; § 43 Abs 1 InvFG 1993; § 54 AWG 2002; § 21b Abs 1 Z 4 BWG; § 243b Abs 1 Z 2 UGB; § 18 Abs 1 VerwGesG 2006. Dabei ist jedoch auch darauf hinzuweisen, dass die österr Rechtsordnung keinen einheitlichen Öffentlichkeitsbegriff kennt, s zB zum UrhG *Schumacher* in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht (2008) § 8 UrhG 178.

58) So auch *Pühringer*, Wikipedia und Datenschutzrecht, in *Jahnel* (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government (2008) 187; s auch *Jahnel*, jusIT 2008/87, 184.

59) So führt *Rebhahn*, Geheimnissschutz – Datenschutz – Informationsschutz, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Geheimnissschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2007) 42, zu dem Begriff „allgemein verfügbar“ aus, dass dieser als „leichte Möglichkeit einer gezielten Kenntnisnahme von Informationen über bestimmbar Personen durch die Allgemeinheit verstanden werden könnte.“ Als Gegenbegriff zu „öffentlich zugänglich“ meint „geheim“ laut *Rill*, Das Grundrecht auf Datenschutz, in *Duschaneck* (Hrsg), Datenschutz in der Wirtschaft (1981) 25 „nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich.“

60) Der OGH verwendet anstelle dieses Begriffes auch den Begriff „generelle Zugriffsmöglichkeit“, 3. 9. 2002, 11 Os 109/01.

61) So *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat (2003) 59; *Jahnel*, Öffentliche Register und Grundrecht auf Datenschutz, in *Reiter/Wittmann-Tiwald* (Hrsg), Goodbye Privacy (2008) 57.

62) § 8 Abs 2 DSG 2000 ist in Durchführung von § 1 Abs 1 DSG 2000 ergangen: ERIrV 1613 BigNR 20. GP 40, s auch *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat (2003) 59.

63) *Jahnel*, Öffentliche Register und Grundrecht auf Datenschutz, in *Reiter/Wittmann-Tiwald* (Hrsg), Goodbye Privacy (2008) 57; fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob „öffentlich zugänglich“ mit „allgemein verfügbar“ (§ 1 Abs 1) bzw „zulässigerweise veröffentlicht“ (§ 8 Abs 2) gleichgesetzt werden kann, s *Jahnel*, jusIT 2008/32, 73; *ders*, jusIT 2008/87, 184; s jüngst EuGH 16. 12. 2008, Rs C-73/07, RN 38 ff zur Anwendbarkeit der DSRL auf veröffentlichte personenbezogene Daten.

64) § 25 Abs 3 Z 1 Glücksspielgesetz, s bereits *Knyrim*, eolex 2008, 1060. Anzumerken ist, dass § 25 Abs 3 Z 2 leg cit ein weiteres Prozedere festlegt, wenn Bonitätsauskünfte erfolglos bleiben.

65) OGH 14. 11. 1928, 2 Ob 957/28 = SZ 10/324, zitiert nach *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV<sup>3</sup> (2006) § 1052 Rz 85; so auch ausdrücklich *Aicher* in *Rummeß*<sup>3</sup> (2000) § 1052 Rz 30: „Die gehörige Sorgfalt verlangt idR, dass der Vorleistungspflichtige vor Vertragsschluss die Kreditwürdigkeit prüft (zB durch Einholung von Kreditauskünften)“; vgl *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (1986) 362. Selbst die DSK geht von einem überwiegenden berechtigten Interesse (iSd § 1 Abs 2) des Vorleistenden an der Bonität von Kunden aus, Datenschutzbericht 2002-2005, 37, <http://www.dsk.gv.at/DocView.axd?CobId=30638>.

66) S FN 24; vgl insb ErWG 26 d RL.

67) *Jahnel*, jusIT 2008/32, 73.

68) DSK 7. 5. 2007, K211.773/0009-DSK/2007.

69) Zwar sind auch Ausnahmeregelungen im Einzelfall im Rahmen ihrer ratio legis einer ausdehnenden Interpretation zugänglich (statt aller *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 440), hingegen ist hier jedoch wegen der gebotenen richtlinienkonformen Interpretation eine enge Interpretation angezeigt.

Es empfiehlt sich daher auch aus teleologischer, rechtsvergleichend bestärkter Sicht ein enges Verständnis des § 28 Abs 2.<sup>70)</sup> Typische Anwendungsfälle sind, etwa nach dem Muster des § 29 Abs 3 dBDStG, „Adress-, Telefon-, Branchen- oder vergleichbare Verzeichnisse“, nicht jedoch Bonitätsdatenbanken.<sup>71)</sup>

70) In Deutschland gelten nicht voraussetzungslos zugängliche Quellen nicht als allgemein zugänglich, *Schwenke*, Datenschutz und Individualisierung (2006) 153 mwN; *Ungnade*, Datenschutz im Kreditgewerbe (1991) 39.  
71) Vgl *Knyrim*, *ecolex* 2008, 1061; als allgemein zugänglich beurteilt der OGH (zutreffend) Telefonbücher und Adressbücher, 11. 6. 1996, 14 Os 31/96.

### 5. Zusammenfassende Würdigung und Ausblick

Europarechtliche, systematische, semantische, rechtsvergleichende und teleologische Argumente sprechen dafür, den Begriff der „öffentlich zugänglichen Datei“ in § 28 Abs 2 DSG 2000 eng zu interpretieren. De lege ferenda wäre eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert, die mit Umsetzung der RL 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge möglicherweise ohnehin erforderlich wird.<sup>72)</sup> Auch die DSK wies ausdrücklich auf die

72) Auf EU-Ebene wurde von der Kommission auch eine Expertengruppe für Kreditrisik-

Rechtsunsicherheit bei Bonitätsauskünften und das Erfordernis einer gesetzgeberischen Klarstellung hin.<sup>73)</sup>

Bis dahin ist auch de lege lata eine enge Interpretation geboten. Eine richtungsweisende, ausführlicher begründete oberstgerichtliche Entscheidung wäre wünschenswert gewesen, die insbesondere auch die europarechtlichen Implikationen, allenfalls nach einem Vorabentscheidungsverfahren, zu berücksichtigen gehabt hätte.

torien eingesetzt (Beschluss v 13. 6. 2008 2008/542/EG, ABl L 173 v 3. 7. 2008 S 22).  
73) Datenschutzbericht 2005-2007, 46 f, <http://www.dsk.gv.at/DocView.axd?CobId=30637>.



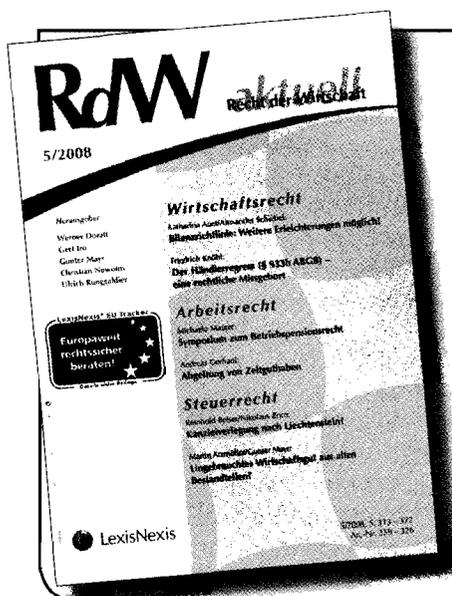
#### Die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Forgó absolvierte das Studium der Rechtswissenschaften in Wien und Paris, war Assistent an der juristischen Fakultät der Uni Wien und deren IT-Beauftragter; 1998 Gründer und bis heute Leiter des Universitätslehrgangs für Informationsrecht und Rechtsinformation an der Universität Wien, seit 2000 Professor für Rechtsinformatik und IT-Recht an der Leibniz Universität Hannover, seit 2007 Leiter des Instituts für Rechtsinformatik und Beauftragter für den LL.M.-Studiengang zum IT-Recht an der Leibniz Universität Hannover. Umfangreiche Grundlagen- und Drittmittelforschung für europäische, deutsche und österreichische Auftraggeber zu allen Fragen des IT-Rechts, insbesondere Datenschutz-, Urheber- und Verbraucherschutzrecht. Forschung und Lehre im IT-Recht, in der Rechtsinformatik, im Zivilrecht und in juristischen Grundlagenfächern.



Mag. Markus Kastelitz LL.M. studierte Rechtswissenschaften in Wien und Oslo und absolvierte den Universitätslehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation ([www.informationsrecht.at](http://www.informationsrecht.at)). Vor seiner nunmehrigen Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsinformatik an der Universität Hannover war er in der Rechtsabteilung der RTR-GmbH tätig.

[www.lexisnexis.at](http://www.lexisnexis.at)



## RdW

### Recht der Wirtschaft

- ➔ Schwerpunkte Wirtschafts-, Arbeits- und Steuerrecht
- ➔ Übersicht über den Stand wichtiger aktueller Gesetzesvorhaben
- ➔ Regelmäßiger Überblick über die rechtlichen Neuerungen, die für die Unternehmensführung relevant sind

Die juristische Basisliteratur für den Unternehmer und seine Berater!

**Jahresabonnement 2009  
12 Ausgaben um € 195,-**

Ihr kostenloses Probeheft unter:  
Tel.: (01) 534 52-5555 | Fax: (01) 534 52-141  
E-Mail: [bestellung@lexisnexis.at](mailto:bestellung@lexisnexis.at)

