



- 1. Die materiellen Voraussetzungen des Widerspruchsrechts nach § 28 Abs 2 DSGVO sind lediglich die nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datei.**
- 2. § 152 Abs 1 GewO kann keinesfalls als gesetzlicher Auftrag zur Datensammlung verstanden werden. Bonitätsdatenbanken fehlt es damit regelmäßig an der erforderlichen „gesetzlichen Anordnung“ zur Datenverwendung.**
- 3. Für die öffentliche Zugänglichkeit einer Datei ist nicht erforderlich, dass „jedermann“ im wörtlichen Sinne Einsicht in eine bestimmte Datei nehmen kann; es reicht vielmehr aus, dass es einen entsprechend großen Kreis an Abfrageberechtigten gibt und das berechtigte Interesse an der Einsichtnahme im Einzelfall nicht überprüft wird.**
- 4. Die von einem „Auskunftsbüro“ (d.h. einer Auskunftstei über Kreditverhältnisse nach § 152 GewO) gesammelten Daten sind demnach öffentlich iS des § 28 Abs 2 DSGVO, da jeder, der zur Zahlung des entsprechenden Entgelts bereit ist, die angeforderten Daten erhalten kann.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Tarmann-Prentner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G***** E*****, vertreten durch Mag. Ulrich Salburg, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei D***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Friedrich Gatscha, Rechtsanwalt in Wien, wegen Datenlöschung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 15. Mai 2009, GZ 12 R 3/09p-17, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 22. Oktober 2008, GZ 18 Cg 74/08x-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst: Die Revision wird zurückgewiesen. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 445,82 EUR (darin 74,30 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Begründung:

Die Beklagte betreibt die Gewerbe der Kreditauskunftstei nach § 152 GewO und des Adressverlags nach § 151 GewO.

Nach Punkt 5. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten dürfen personenbezogene Daten ausschließlich dann (durch Kunden) abgerufen werden, wenn der Abrufende zum Zeitpunkt des Abrufes ein überwiegendes berechtigtes Interesse iSd § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO 2000 (in der Folge: DSGVO) oder die Zustimmung des Betroffenen nachzuweisen vermag. Eine Bestellung, eine Angebotsaufforderung oder eine offene Rechnung gelten als ausreichender Interessennachweis in diesem Sinne. Der Kunde ist verantwortlich, den physischen Interessennachweis für eine mögliche Stichprobenkontrolle durch die Datenschutzkommission jederzeit bereit zu halten. Der Kunde übernimmt die volle Verantwortung für jede getätigte Anfrage und verpflichtet sich, lediglich Abfragen im

Rahmen seiner Berechtigungen durchzuführen. Der Kunde darf bei der Beklagten abgerufene Informationen weder an Dritte weitergeben noch zu Marketingzwecken verwenden.

Die Beklagte verfügt über und verarbeitet im Rahmen ihres Gewerbes den Kläger betreffende Daten, und zwar den Namen, das Geburtsdatum, drei verschiedene Adressen sowie Angaben über die Herkunft der Daten („Datenquellen“).

Es handelt sich nicht um sensible Daten iSd § 4 Z 2 DSGVO. Die Datenquellen sind „P***** Direktmarketing Ges.m.b.H.“ und „D***** Direktmarketing Ges.m.b.H.“. Nicht festgestellt werden konnte, dass die Beklagte alle oder einzelne dieser Daten vom Konkursgericht bezogen hat. Die Beklagte hat den Kläger nie von der Verarbeitung dieser Daten verständigt.

Der Kläger forderte die Beklagte zweimal auf, die ihn betreffenden Daten zu löschen. Die Beklagte lehnte dies unter Verweis auf ihre „nicht-öffentlich-zugängliche“ Datenanwendung und die fehlenden schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Klägers ab.

Das *Erstgericht* gab der auf Löschung der den Kläger betreffenden Datensätze gerichteten Klage statt.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung. Es handle sich um eine öffentlich zugängliche Datei im Sinne der Entscheidung 6 Ob 195/08g. Die Kostenersatzpflicht für eine Abfrage, die Notwendigkeit, sich zum Nachweis des entrichteten Entgelts zu identifizieren, und ein mit Passwort geschützter Benutzer-Zugang änderten an der Eigenschaft der Datei als „öffentlich zugänglich“ nichts, weil das Service der beklagten Partei einem unbestimmten Personenkreis angeboten werde. Auch das Verbot der Weitergabe an Dritte in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei stünde dem nicht entgegen. Das entscheidende Kriterium für die Beurteilung einer Datei als „öffentlich zugänglich“ sei letztlich, ob der Abfragende zur Einsicht ein rechtliches Interesse nachzuweisen habe, oder ob er, auch wenn er einmal erklärt haben möge, nur bei entsprechendem überwiegendem Interesse künftig Abfragen vorzunehmen, jedenfalls auch ohne Einzelfallprüfung Einsicht erhalte. Der Öffentlichkeitsbegriff des § 28 Abs 2 DSGVO sei jedenfalls dann erfüllt, wenn nicht in jedem Einzelfall geprüft werde, ob der Abfragende tatsächlich ein berechtigtes Interesse an der jeweiligen Abfrage habe. Dem Lösungsbegehren komme daher bereits nach § 28 Abs 2 DSGVO Berechtigung zu, sodass nicht zu prüfen sei, ob die Beklagte auch nach dem § 27 Abs 1 DSGVO wegen Verletzung der Informationspflichten des § 24 Abs 1 DSGVO zur Datenlöschung verpflichtet wäre. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil keine Rechtsprechung zu der Frage vorliege, ob es für die Qualifikation einer Datei als öffentlich zugänglich auch darauf ankomme, dass einem Abfragenden auch ohne Prüfung seines rechtlichen Interesses im Einzelfall Abfrageergebnisse zur Verfügung gestellt würden.

Die *Revision* ist entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts *nicht zulässig*:

Der Oberste Gerichtshof hat die vom Berufungsgericht für entscheidungswesentlich gehaltene Frage bereits in der Entscheidung 6 Ob 195/08g beantwortet. Diese Entscheidung betraf einen Fall, in dem der dort Beklagte die von ihm gesammelten Daten ausschließlich der nunmehr beklagten Partei weitergab. In dieser Entscheidung billigte der Oberste Gerichtshof die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass es sich bei der Datei der beklagten Partei um eine öffentlich zugängliche Datei handle, weil sie einem nicht von vornherein bestimmten, nicht nach außen hin begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht werde und der Zugang zur Datei nur von der Entscheidung des Auftraggebers über das ausreichende „berechtigte Interesse“ des Abfragenden abhängig sei. Damit hat der Oberste Gerichtshof in dieser Entscheidung – insoweit in Übereinstimmung mit der Datenschutzkommission – die Entgeltspflicht ebenso wenig als Hindernis für eine öffentlich zugängliche Datei iSd § 28 Abs

2 DSG angesehen wie das Erfordernis der Behauptung eines entsprechenden rechtlichen Interesses durch anfragende Personen.

Diese Entscheidung wurde im Schrifttum teilweise kritisiert (vgl etwa Leissler, apropos: Aktuelles zum Datenschutz bei Bonitätsauskünften, *ecolex* 2009, 181; Forgó/Kastelitz, Das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000, *jusIT* 2009, 18; Janel, Widerspruchsrecht gegen Aufnahme in eine Bonitätsdatenbank, *jusIT* 2008, 184 [zur vom Obersten Gerichtshof in 6 Ob 195/08g bestätigten zweitinstanzlichen Entscheidung]), teilweise ausdrücklich gebilligt (vgl Dörfler, Datenschutz: OGH auf Abwegen? *ecolex* 2009, 636).

Die in der Revision angestellten Überlegungen bieten keinen Anlass, von der in der Entscheidung 6 Ob 156/09y geäußerten Rechtsansicht abzugehen. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung ist für die öffentliche Zugänglichkeit einer Datei nicht erforderlich, dass „jedermann“ im wörtlichen Sinne Einsicht in eine bestimmte Datei nehmen kann; es reicht vielmehr aus, dass es einen entsprechend großen Kreis an Abfrageberechtigten gibt und das berechtigte Interesse an der Einsichtnahme im Einzelfall nicht überprüft wird (vgl 6 Ob 275/05t; 6 Ob 195/08g).

Soweit die Revisionswerberin darauf verweist, dass nach der Entscheidung 4 Ob 259/05z „in aller Regel“ die Äußerung eines Auskunftsbüros als nicht öffentlich zu bezeichnen sei, ist dem entgegen zu halten, dass es sich dabei bloß um eine Zweifelsregel handelt. Dieser Grundsatz gilt jedoch dann nicht, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Auskunftsbüro die von ihm gesammelten Daten in Wahrheit jedermann, der zur Zahlung des entsprechenden Entgelts bereit ist, zur Verfügung stellt. Soweit sich die Revision gegen die Anwendbarkeit der §§ 27 Abs 1 und 28 Abs 1 DSG wendet, ist ihr entgegen zu halten, dass sich die Berechtigung des Klagebegehrens bereits aus § 28 Abs 2 DSG ergibt.

Die Revision bringt sohin keine Rechtsfragen der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität zur Darstellung, sodass sie spruchgemäß zurückzuweisen war.

Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsbeantwortung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Die klagende Partei hat auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen.

Anmerkung

I. Das Problem

Der spätere Kläger forderte die später beklagte Auskunft über Kreditverhältnisse iS des § 152 GewO zunächst vergeblich, die ihn betreffenden Adressdaten aus deren Bonitätsdatenbank zu löschen. Die Beklagte lehnte dies unter Verweis auf ihre „nicht-öffentlich-zugängliche“ Datenanwendung und die fehlenden schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Klägers ab und brachte dazu vor, die gespeicherten Adressdaten würden ohnehin aus öffentlichen Verzeichnissen wie z.B. dem Melderegister und aus dem online verfügbaren Konkursdikt stammen. Der Kläger reichte gestützt auf sein Widerspruchsrecht nach § 28 Abs 2 DSG Klage ein. Das Erstgericht gab der auf Löschung der den Kläger betreffenden Datensätze statt. Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung und ließ die ordentliche Revision zu.

Der OGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob es für die Qualifikation einer Datei als „öffentlich zugänglich“ nach § 28 Abs 2 DSG darauf ankäme, dass einem Abfragenden auch ohne Prüfung seines rechtlichen Interesses im Einzelfall Abfrageergebnisse zur Verfügung gestellt würden?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Das Höchstgericht wies die Revision wegen hinreichend geklärter Rechtslage zurück. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung war für die öffentliche Zugänglichkeit einer Datei iS des § 28 Abs 2 DSG nicht erforderlich, dass „jedermann“ im wörtlichen Sinne Einsicht in eine bestimmte Datei nehmen konnte. Es genügte vielmehr, dass es einen entsprechend großen Kreis an Abfrageberechtigten gab und das berechtigte Interesse an der Einsichtnahme im Einzelfall nicht überprüft wurde. Die Kostenersatzpflicht für eine Abfrage, die Notwendigkeit, sich zum Nachweis des entrichteten Entgelts zu identifizieren, und ein mit Passwort geschützter Benutzerzugang änderten an der Eigenschaft der Datei als „öffentlich zugänglich“ nichts, weil das Service der beklagten Partei einem unbestimmten Personenkreis angeboten wurde. Auch das Verbot der Weitergabe an Dritte in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei stünde dem nicht entgegen.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Mit der vorliegenden Entscheidung definiert der OGH die „öffentlich zugängliche Datei“ nach § 28 Abs 2 DSG als eine „Datei“,¹ die einem nicht von vornherein bestimmten, nicht nach außen hin begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wird und der Zugang zur Datei nur von der Entscheidung des Auftraggebers über das ausreichende „berechtigte Interesse“ des Abfragenden abhängig ist. Damit folgen die Höchstgerichte insoweit der bisherigen Spruchpraxis der Datenschutzkommission,² wonach allein das Bestehen einer Kostenpflicht für eine Abfrage sowie das Erfordernis, sich zum Nachweis der entrichteten Entgelte zu identifizieren, die öffentliche Zugänglichkeit einer Datei nicht aufzuheben vermag.

Bemerkenswerterweise bedeutet diese Auffassung, dass damit nahezu jede (elektronisch geführte) Wirtschaftsdatenbank eine öffentlich zugängliche Datei iS des § 4 Z 6 DSG 2000 ist. Dies zeigt schon der Umstand, dass auch die Abfrage aus dem Grundbuch, dem Musterbeispiel einer öffentlich zugänglichen Datei,³ kostenpflichtig ist.⁴ Für die Aufnahme in die Wirtschaftsdatenbank der beklagten Auskunftstelle existiert keine gesetzliche Anordnung, sodass der Anwendungsbereich des – ohne Begründung – wirksamen Widerspruchsrechts nach § 28 Abs 2 DSG eröffnet ist.

Der in § 28 Abs 2 DSG idF vor der DSG-Novelle 2010⁵ verwendete Begriff der „Datei“ ist nicht nur unglücklich gewählt, sondern durch die Rechtsprechung aller drei Höchstgerichte⁶ zu § 4 Z 6 DSG auf eine strukturierte Sammlung von Daten in papierloser Form reduziert. Der Novellengesetzgeber hat den Begriff nunmehr durch den umfassenderen Begriff der „Datenanwendung“ iS des § 4 Z 7 DSG 2000 in § 28 Abs 2 DSG ersetzt. Dies führt zu weitreichenden Änderungen des Anwendungsbereichs. Nach den Gesetzesmaterialien⁷ soll *„durch die Verwendung des Begriffs „Datenanwendung“ gewährleistet werden [...], dass auch etwa bei Internetanwendungen, bei denen über die Dateieigenschaft Unklarheit besteht, das Recht auf Widerspruch geltend gemacht werden kann.“*

¹ Zu dem nicht unumstrittenen Begriff der „Datei“ gleich unten.

² Deutlich niedergelegt in der Empfehlung DSK 29.11.2005, K211.593/0011-DSK/2005, RIDA0157384.

³ Vgl. § 7 GBG, § 6 Abs 1 GUG.

⁴ Vgl. TP 9 lit d GGG samt Anm 15.

⁵ BGBl I 2009/133 in Kraft seit 01.01.2010.

⁶ Jüngst VwGH 23.11.2009, 2008/05/0079; OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00, RdW 2000/727, 736 = EvBl 2001/1, 17 = ZVR 2001/31, 118 = JUS Z/3065 = KRSlg 2001/1775 = SZ 73/105; VfGH 15.12.2005, B 1590/03, ecolex 2006, 339 = ZfVB 2006/1816/1827 = VfSlg 17.745.

⁷ ErIRV 472 BlgNR 24. GP 11.

Dadurch wird die Möglichkeit eröffnet, Widerspruch gegen Inhalte in nicht gesetzlich angeordneten Onlinepublikationen jeglicher Art wie z.B. Internetforen,⁸ Bewertungsplattformen, Onlinearchiven etc. zu erheben, sofern diese öffentlich zugänglich sind (was im Internet den Regelfall darstellt) und personenbezogene Daten des Betroffenen verwenden. Dadurch eröffnet sich in Zukunft noch verstärkter als bisher ein Feld der Interessenabwägung des in das Belieben des Betroffenen gestellten⁹ Widerspruchsrechts des § 28 Abs 2 DSG mit dem Medienprivileg des § 48 DSG¹⁰ einerseits sowie der verfassungsrechtlich verankerten Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit andererseits.

IV. Zusammenfassung

Nach gefestigter Rsp kann ein datenschutzrechtlicher Widerspruch nach § 28 Abs 2 DSG auch gegen die Aufnahme in eine „öffentliche zugängliche Datei“ erhoben werden, in die lediglich Personen Einsicht nehmen können, die dafür an den Datenbankbetreiber bezahlt haben.

⁸ Vgl. dazu OLG Linz 16.7.2009, 3 R 101/09g – *www.parents.at*, MR 2009, 306 (krit *Koukal*).

⁹⁹ OGH 1.10.2008, 6 Ob 195/08g, jusIT 2009/14, 28 (*Dörfler*) = EvBl-LS 2009/33, 233 = RdW 2009/172, 208 = ÖBA 2009/1549, 395.

¹⁰ Ausführlich dazu auch im Lichte der EuGH-Rsp *Jahnel*, Publizistische Tätigkeit und Datenschutzrecht, in *Jahnel* (Hg), Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2009 (2009), 79 mwN.