

Facultas Verlags- und Buchhandels AG  
zH Herrn Mag. Christian Kaier  
Berggasse 5  
1090 Wien

EINSCHREIBEN

EINGEGANGEN

15. Jan. 2010

Erl. ....

Deltavista GmbH  
Rechtsabteilung

Tel: 01/897 42 44-25  
Fax: 01/897 42 44-36

Wien, 11.1.2010

**Betrifft: Handbuch Datenschutzrecht, ISBN 978-3-7089-0509-9**

Sehr geehrter Herr Mag. Kaier,

der Name „Facultas“ stand für mich bisher für die akademische Qualität des Inhaltes, der nicht zuletzt aufgrund der Nähe zum Juridicum vermittelt wird. Ich habe daher das im Betreff genannte, von Ihnen verlegte bzw. herausgegebene Werk mit der Erwartung zur Hand genommen, auch höchste Qualitätsansprüche erfüllt zu sehen.

Zwei der Beiträge beschäftigen sich mit einem Gebiet, mit dem ich selbst vertraut bin, nämlich dem Bereich des Datenschutzrechts bei Auskunfteien. Bei diesen Beiträgen handelt es sich um die der Autoren Dörfler/Siegwart („Datenschutz in vertraglichen Beziehungen“) sowie Krenn/Zeger (Datenschutz bei Datenanwendungen zur „Auskunft über die Kreditwürdigkeit“).

Diese Beiträge habe ich aufmerksam gelesen und gestatte mir dazu einige Anmerkungen. Alle zitierten Paragraphen ohne ausdrückliche Angabe der Norm beziehen sich auf das DSG 2000.

**Prinzipielles:**

Zu den Personen:

Beide Beiträge sind stark von der Weltanschauung der Autoren in Datenschutzsachen geprägt: einer der in der Folge zitierten Autoren, Herr Dr. Zeger, wird im AutorInnenverzeichnis als GF einer GmbH geführt, sein „Beruf“ ist es jedoch, in der Öffentlichkeit als Obmann der Arge Daten und „Datenschutzexperte“ aufzutreten. Dabei vertritt er oft extreme, rechtlich nicht haltbare Standpunkte.

Die Herren RAA Mag. Krenn und Dörfler sind mehrfach auf der Seite der Mitglieder der Arge Daten bzw. des VKI in Prozessen gegen Kreditauskunfteien aufgetreten.

Ziele der Richtlinie:

Beide Beiträge blenden vollkommen aus, dass dem österreichischen Datenschutzrecht eine EU-Richtlinie zu Grunde liegt. Diese Richtlinie hat zwar auch den Schutz von personenbezogenen Rechten im Focus, dient aber in erster Linie der „Beseitigung der Hemmnisse für den Verkehr personenbezogener Daten“ (wörtlich zitiert aus Erwägungsgrund 8 der RL). Ebenso heißt es da, Mitgliedstaaten sollen „den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen ihnen nicht mehr aus Gründen behindern, die den Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen und insbesondere das Recht auf die Privatsphäre betreffen“ (Erwägungsgrund 9).

Aus dem Verbot der Inländerdiskriminierung ergibt sich selbstverständlich, dass diese Grundsätze auch innerstaatlich zu gelten haben. In diesem Sinne hat das DSG 2000 richtlinienkonform interpretiert zu werden, wo ein solcher Interpretationsbedarf besteht. Auch diesen Grundsatz ignorieren die Autoren vollkommen.

Interessenabwägung:

Ebenso blenden beide Beiträge vollkommen aus, dass immer im Datenschutzrecht (mit Ausnahme von allgemein verfügbaren Daten, die nicht dem Grundrecht unterliegen) und dem Widerspruchsrecht § 28 Abs 2 stets eine Interessenabwägung stattzufinden hat:

Im Regelfall sind im privaten Bereich „Schutzwürdiges Interesse“ (§ 1) bzw. „Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen“ (§ 8 Abs 2) der Betroffenen einerseits gegen die Interessen des Auftraggebers (bzw. eines Dritten) an der Verarbeitung dieser Daten abzuwägen.

Soweit es sich bei diesen Daten um negative Zahlungserfahrungsdaten handelt (andere Daten über Privatpersonen sind für Auskunftfeien in der Regel nicht verfügbar), bedeutet das, dass der Betroffene seine vertraglichen Verpflichtungen nicht eingehalten und somit ein Verhalten gesetzt hat, welches von der Rechtsordnung grundsätzlich nicht toleriert wird.

*Schutzwürdige* Geheimhaltungsinteressen kann es daher regelmäßig gar nicht geben, bloße wirtschaftliche Interessen des Betroffenen sind nicht per se schutzwürdig.

#### **zu Dörfler/Siegwart:**

Der Beitrag setzt sich selbst das Ziel, worauf zu achten wäre, „*wenn man Daten von Vertragspartnern verwenden will*“ (S. 509). Dennoch rasonieren die Autoren über „*Verzeichnisse von Straftätern*“ (S 513f) und schließen daraus auf die Zulässigkeit von Einträgen in Kundendatenbanken. Einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Thema Datenschutz ist das nicht würdig.

Ein großer Teil der der Abhandlung widmet sich den Betroffenenrechten, welche in einem vertraglichen Kontext in der Regel ohne jede Bedeutung ist, da das Bestehen einer Kundenbeziehung wohl stets voraussetzt, dass die Daten des Kunden vom Unternehmen auch gespeichert werden.

Bereits im Abschnitt B. (S 512f) erläutern die Autoren, dass eine Verwendung für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers eine Übermittlung im Sinne des Gesetzes (DSG 2000) darstellt. Die begründungslose Aussage, dass (eigene) Kundendaten nicht zu Werbezwecken verwendet werden dürften (S 513), bleibt jeden Beleg schuldig. Es verkennt vollkommen, dass es Sache des Auftraggebers ist, den Zweck der Datenanwendung zu bestimmen und entsprechend zu handeln. Belege dafür bestehen in verschiedenen Bereichen der Rechtsordnung, werden von den Autoren allerdings unterschlagen.

Klarerweise ist es im Rahmen einer Kundenbeziehung üblich und zulässig, dass Unternehmen ihre Kunden über neue Angebote informieren und entsprechend bewerben.

Unternehmen bieten daher in der Regel ihren Kunden die Möglichkeit, sich von der Zusendung weiterer Kundeninformationen ausnehmen zu lassen. Rechtlich gesehen entspricht dies der Möglichkeit zum Opt-out aus Marketingdatenbanken, wie es in der RL in Art 14 lit b vorgesehen ist.

Die Autoren gehen offenbar von dem Erfordernis der Zustimmung des Kunden aus, ohne dies allerdings auszuführen, und verweisen auf die Übermittlungserfordernisse des § 7, ohne die dort wiederum geboten Interessenabwägung zu erläutern.

Auf den Seiten 525f widmen sich die Autoren dem Widerspruch gegen Bonitätsdaten. Unklar ist, wieso dies in die Überschrift „Datenschutz in vertraglichen Beziehungen“ passt, da zwischen Auskunftfei (dem Auftraggeber der Bonitätsdaten) und Betroffenen in der Regel KEIN Vertragsverhältnis besteht.

Auf Seite 526 widmen sich die Autoren der Bonitätsprüfung und stellen (zutreffend) fest, dass Mobilfunkunternehmen in der Regel die Bonität von Neukunden prüfen.

Doch dann heißt es:

*„Sollte diese Zustimmung fehlen, gibt es für das Unternehmen keinen (legalen) Weg, zu den Bonitätsdaten des Neukunden zu gelangen, da es für das Unternehmen kein überwiegendes berechtigtes Interesse gibt, das eine Einholung der Daten rechtfertigt.“*

Das verkennt, dass Vertragsabschlüsse mit Kreditaspekt (Lieferung oder Leistung auf offene Rechnung) jedenfalls geeignet sind „überwiegende berechnigte Interessen“ im Sinne des § 8 (1) 4 DSG 2000 zu begründen. Allein die Tatsache, dass ein bestimmtes Mobilfunkunternehmen dazu zusätzlich sie Zustimmung ihrer Kunden einholt, bedeutet nicht, dass diese Zustimmung erforderlich wäre.

#### Kapitel B: Widerspruch bei Bonitätsauskunftsunternehmen Seite 526 ff

Das Kapitel basiert auf einer einzigen OGH-Entscheidung zu GZ 6Ob 195/08g, in der eine Datenanwendung einer Kreditauskunft als „öffentlich zugängliche Datei“ im Sinne des § 28 (2) qualifiziert worden ist.

Diese Entscheidung ist in der Literatur mehrfach kritisiert worden, was die Autoren geflissentlich verschweigen. Ebenso unerwähnt bleibt die E OGH 4Ob338/87, wonach Mitteilungen einer Kreditauskunft vertraulich sind. Hierzu spricht der OGH aus:

*Eine Mitteilung geschieht öffentlich, wenn sie in einer für unbestimmte andere Personen wahrnehmbaren Weise gemacht wird (Wolff in Klang2 VI 163). Nicht öffentlich sind vertrauliche Mitteilungen oder jene, die gegenüber einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Behörde vorgebracht werden (Koziol, Haftpflichtrecht2 II 177; Ehrenzweig2 II/1, 660; ÖBI 1977, 123). Eine Mitteilung verliert ihren vertraulichen Charakter nicht schon deshalb, weil sie an mehrere Personen gerichtet ist (Wolff aaO 164), sofern nicht mit der Weitergabe an außenstehende Personen*

*gerechnet werden muß (ÖBl 1977, 123). Andererseits wird eine Tatsachenmitteilung auch dann öffentlich verbreitet, wenn sie nur einer einzigen Person zugeht (ÖBl 1983, 142), aber keine Gewähr dafür besteht, daß der Empfänger die Mitteilung vertraulich behandeln werde. Wurde die Mitteilung nicht öffentlich vorgebracht, dann wird im Falle des Fehlens des Vorsatzes nur gehaftet, wenn weder Mitteilende noch der Empfänger an ihr ein berechtigtes Interesse hatte. Ein solches Interesse ist gegeben, wenn die Mitteilung für die persönlichen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen und Verhältnisse von Bedeutung ist oder ein öffentliches Interesse vorliegt (Koziol aaO 177). Ein berechtigtes Interesse haben daher insbesondere Auskunftfeien (Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 25 zu § 1330).*

Gänzlich vermissen lassen die Autoren eine Auseinandersetzung damit, wie diese Entscheidung ins (später entstandene) Schutzsystem des DSGVO passt. Auch bei oberflächlicher Lektüre der Entscheidung sollte klar sein, dass damit den zuvor von den Autoren ausführlich dargelegten Betroffenenrechte nach § 27 und 28 (1) kein Raum bleibt, da nach der – immerhin richtig - zitierten Begründung des OGH kein Platz für eine Nichtöffentliche (private) Datenanwendung verbleibt. Immerhin gibt es keine private Datenanwendung, die im Sinne des § 28 (2) „gesetzlich angeordnet“ wäre und andererseits ist eine private Datenanwendung, deren Benutzerkreis a priori abgeschlossen ist, nicht denkmöglich vorstellbar, dies deshalb, weil es immer mindestens einen Auftraggeber gibt, der (im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen) Entscheidungen über die Übermittlung an Dritte treffen kann und darf. Die reichlich vorhandene kritische Literatur bleibt unerwähnt.

Auch Auswirkungen auf die Informationspflicht und die sogar die Registrierungspflicht blieben unberücksichtigt: dass Datenanwendungen, die ausschließlich veröffentlichte Daten enthalten, nach § 17 Abs 2 Z 1 nicht registrierungspflichtig sind und daher nach § 24 Abs 4 nicht der Informationspflicht unterliegen, bleibt unberücksichtigt.

Die Begründung, das sei von „Relevanz“, weil es dem Unternehmen (hier der Kreditauskunftei) möglich wäre, die Daten zu veröffentlichen, zeigt eine grundlegende Unkenntnis sowohl der Praxis als auch der Rechtslage: einerseits wäre es für eine Auskunftfeier wirtschaftlich nicht sinnvoll, die bei ihr gespeicherten Bonitätsdaten zu veröffentlichen, weil gerade in der (ausschließlichen) Kenntnis dieser Daten das Geschäftspotential jeder Auskunftfeier besteht. Andererseits kennt das DSGVO 2000 keinen rechtlich relevanten Unterschied zwischen „öffentlich zugänglich“ einerseits und „veröffentlicht“ andererseits. Im Gegenteil werden diese Begriffe vom Gesetzgeber ohne erkennbaren Unterschied verwendet, weil aus der Sicht des Gesetzgebers das, was ohne Unterschied jedermann zugänglich ist (im allgemeinen Sprachgebrauch „öffentlich zugänglich“) eben gleich zu behandeln ist wie „veröffentlicht“.

In Punkt IX „Zustimmungserklärung und Informationspflichten“ (Seite 528 f) zitieren die Autoren zwei E des OGH (4Ob 28/01y sowie wiederum 6Ob 275/05t), in welchen wiederum jeweils eine Vertragsbeziehung zwischen Bank und Bankkunde entscheidungsgegenständlich ist. Aus diesen Entscheidungen Schlüsse für Beziehungen zu ziehen, wo zwischen Betroffenenem und Auftraggeber KEINE vertragliche Beziehung besteht, wie dies im Verhältnis Auskunftfeier und Betroffener der Fall ist, ist nicht statthaft, da andere Sorgfaltsmaßstäbe zu gelten haben. Dies hat das OLG Wien in einer Entscheidung zu GZ 14 R 74/08t (nicht rk) festgehalten.

Dort heißt es wörtlich (Seite 22f, Hervorhebung durch den Verfasser):

*Zutreffend verweist die Beklagte hier darauf, dass **diese Entscheidung nicht unmittelbar** auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann, weil der OGH dort verlangt, dass der Betroffene **von seinem Vertragspartner** davon benachrichtigt wird, wenn dieser die Behauptung mangelnder Kreditwürdigkeit aufstellt **und** er diese Behauptung an einen sehr großen Personenkreis (Anmerkung des Bearbeiters: und ohne Prüfung von konkreten berechtigten Übermittlungsinteressen) **übermittelt**. Zwischen dem Betroffenen und der Beklagten bestand im vorliegenden Fall keine Vertragsbeziehung.*

Dass der Co-Autor Dörfler diese Entscheidung nicht zitiert, stimmt verwunderlich, zumal er als RAA auf der Seite des KV am Verfahren beteiligt war.

Ein besonders böser Schnitzer widerfährt den Autoren in Punkt IX, der wiederum auf Punkt IV C verweist, wo die Verwendung nicht-sensibler Daten auf Basis des „überwiegenden berechtigten Interesses“ dargestellt werden soll. Die Autoren legen den unbestimmten Gesetzesbegriff dahingehend aus, als dass

der Inhalt anhand der Fälle bestimmt werden soll, wo der Gesetzgeber dem Betroffenen eben KEINE schutzwürdigen Interessen zubilligt und daher eine Interessenabwägung gänzlich zu entfallen hat. Der Satz auf Seite 519, welcher lautet:

„§ 8 Abs 3 DSG 2000 zählt, wie schon kurz erwähnt, demonstrativ sieben Fälle auf, bei denen von einem überwiegenden Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten auszugehen ist.“

ist daher schlicht falsch. Im Gegenteil sind hier die Fälle aufgezählt, wo KEIN Interesse des Betroffenen vorliegt und daher eine Abwägung von Interessen denkmöglicherweise auch nicht stattfinden kann.

### Zu Krenn/Zeger

Das Autorenpaar Krenn/Zeger geht wohl etwas differenzierter an die selbst gestellte Fragestellung heran, dennoch ist der ganze Artikel tendenziös und auch inhaltlich zum Teil grob fehlerhaft.

Als konkretes Beispiel hierfür mögen lediglich die Ausführungen in Kapitel A („Informationsanspruch“, Seite 540 f) dienen:

Schon allein der Titel ist irreführend: § 24 normiert eine Verpflichtung des Auftraggebers, NICHT aber ein subjektives Recht des Betroffenen. Die Bezeichnung als „Informationsanspruch“ suggeriert, dass der Betroffene einen solchen Anspruch hat, was eben NICHT der Fall ist. Die Rechte des Betroffenen finden sich im DSG 2000 in Abschnitt 5, beginnend mit § 26.

Sogar ein juristischer Laie sollte zwischen einer (verwaltungsstrafrechtlich bewehrten) Pflicht einerseits und einem durchsetzbaren Anspruch andererseits unterscheiden können; die Autoren können (oder wollen?) es offenbar nicht.

Ebenso verfallen Krenn/Zeger in den eingangs bereits gerügten Fehler, nicht zwischen vertraglichen und außervertraglichen Informationspflichten zu unterscheiden. Jeder Jurist sollte gelernt haben, dass ein Vertragsverhältnis vertragliche (bzw. vorvertragliche) Schutzpflichten auszulösen imstande ist und dass daher der Sorgfaltsmaßstab *ex contractu* generell ein anderer ist als im deliktischen Bereich.

Auch unterschlagen die Autoren hierzu den Text der EB zur § 24, welche klarstellen, dass - zitiert nach Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim - „sich daraus kein Zwang im Sinne einer Verdoppelung der der Meldepflicht (an das Register) in Form einer zusätzlichen Meldung an den Betroffenen“ ergeben darf. Im Gegenteil nehmen die Autoren genau diese „Verdoppelung der Meldungspflicht“ vollkommen unreflektiert an.

Auch die Ansicht der Autoren, dass eine Unterlassung der Information einen Lösungsanspruch nach sich zieht, ignoriert die einschlägige Spruchpraxis der DSK und beruht wohl eher auf einer Wunschvorstellung als auf einer objektiven Untersuchung des Themas. Gleiches gilt für die Aussage, dass diese „durch Wirtschaftsauskunfteien immer wieder verletzt wird“.

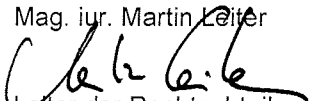
An solchen pauschalen Aussagen zeigt sich, dass der vorgebliche „Experte“ in erster Linie an einer Skandalisierung interessiert ist und zu einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung nichts beizutragen vermag.

### Zusammenfassung

Ich hoffe, Ihnen hier einige Informationen und Anregungen gegeben zu haben. Als Vertreter eines Wirtschaftsunternehmens, welche sich Bekämpfung von Kreditbetrug und Identitätsdiebstahl im Sinne einer funktionierenden Kreditwirtschaft zur Aufgabe gemacht hat, bedauere ich zutiefst, das ernste Thema Datenschutz in der Wirtschaft auf einem Niveau wie dem vorliegenden besprochen zu sehen, nämlich dem der einseitigen tendenziösen Polemik.

Sollten Sie von Ihrer Seite weitere Informationen zu einzelnen Themen benötigen, stehe ich jederzeit auch für konstruktive Beiträge zu Ihrer Verfügung. Ich ersuche um Kenntnisnahme und verbleibe

mit freundlichen Grüßen  
Mag. iur. Martin Leifer



Leifer der Rechtsabteilung  
Deltavista GmbH