

(Schein-)Selbständigkeit (Schein-)Abhängigkeit im Arbeitsrecht

Qualifikation von
Gewinnzusagen

Wieder unwirksame AGB in
Mobilfunkverträgen

Kapitalerhaltung bei
GmbH & Co KG

Altersdiskriminierung
Minderjähriger Arbeitnehmer

Kooperationsbeschränkungen für
Freiberufler

Rom I-VO
Europäisches Vertrags-IPR

Widerspruch gegen die Datenverarbeitung in Wirtschaftsauskunfteien?

Der Beitrag behandelt den Widerspruch Betroffener gegen die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten in Wirtschaftsauskunfteien im Lichte jüngster Gerichtsentscheidungen.

RAINER KNYRIM

A. Einleitung

Wirtschaftsauskunfteien bestehen im deutschen Sprachraum seit knapp 150 Jahren.¹⁾ Deren wirtschaftliche Bedeutung kann man an der amerikanischen sog Subprime-Krise erkennen, die in Wahrheit eine Krise der Kreditprüfung ist. Jüngste Gerichtsentscheidungen stellen Wirtschaftsauskunfteien infrage, indem sie zulassen wollen, dass sich jeder, der darin eingetragen ist, ohne jegliche Interessenabwägung aus diesen löschen lassen kann.

Wirtschaftsauskunfteien haben den Zweck, Daten über das wirtschaftliche Verhalten und/oder die Zahlungsfähigkeit natürlicher Personen oder Unternehmen zu gewinnen und tun dies in der Absicht, diese Daten ggf an anfragende Mitglieder zu übermitteln, da sie ansonsten den angestrebten Zweck ihrer Tätigkeit – nämlich die Abwehr wirtschaftlicher Risiken für die Mitglieder – nicht erreichen könnten.²⁾ Wirtschaftsauskunfteien sind in der österreichischen Rechtsordnung nicht nur vorgesehen;³⁾ die Einholung von Bonitätsauskünften ist, etwa im Hinblick auf Glücksspiel,⁴⁾ sogar ausdrücklich gefordert und deren Nichteinholung könnte, wie *Bydlinski* jüngst anmerkte,⁵⁾ zivilrechtliche Konsequenzen haben. Auch in der Verbraucherkredit-RL⁶⁾ sind Bonitätsdatenbanken vorausgesetzt. Dass den in den Wirtschaftsauskunfteien Eingetragenen, insb jenen, die in wirtschaftlichen Schwierigkeiten stecken, ihr Eintrag missfällt, liegt auf der Hand. Dass für die Erfüllung des Zweckes einer Wirtschaftsauskunftei solche Einträge aber notwendig sind, auch wenn sie „Negativdaten“ enthalten, liegt ebenso auf der Hand. Das Datenschutzrecht sieht in der Verfassungsbestimmung § 1 Abs 2 DSGVO⁷⁾ vor, dass Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig sind. Bei Konflikten zwischen Auftraggeber- und Betroffeneninteressen fordert § 1 Abs 2 somit eine Interessenabwägung.

B. Interessenabwägung

In Österreich gibt es zur Interessenabwägung zwischen Kreditauskunftei und Betroffenen soweit ersichtlich praktisch keine Jud⁸⁾ oder Lit. In der umfangreichen dJud und Lit werden im Kern zwei Grundauffassungen unterschieden: Die eine sieht für eine Abwägung zwischen den Interessen der verantwortlichen Stelle und denen des Betroffenen überhaupt keinen Raum,⁹⁾ während nach der anderen da-

gegen stets eine Abwägung der beiderseitigen Interessen stattzufinden hat.¹⁰⁾ In der dLit wird schließlich ausführlich die Verteilung der Darlegungs- und Beweislastregeln aufgezeigt und festgehalten, dass die Beweislast dafür, dass sein schutzwürdiges Interesse die Interessen der verantwortlichen Stellen überwiege, letztlich der Betroffene trage.¹¹⁾

C. Widerspruchsrecht und Datenschutz-RL

Anstatt sich, wie in Deutschland, ebenfalls mit der in § 1 Abs 2 vorgeschriebenen Interessenabwägung zu befassen, vergriffen sich jüngst das OLG Wien¹²⁾ und das OLG Linz¹³⁾ im Instrumentarium des DSGVO: Anstatt, wie in § 28 Abs 1 vorgesehen, dem in den Verfahren erfolgten Widerspruch der KI gegen die Verarbeitung ihrer Daten in verschiedenen Datenbanken zweier Kreditauskunfteien eine Interessenabwägung folgen zu lassen, zogen sie § 28 Abs 2 heran, dem diese fehlt. § 28 Abs 1 basiert auf Art 14 lit a Datenschutz-RL,¹⁴⁾ der einen Widerspruch gegen die Verwendung von personenbezogenen Daten *zumindest* in den Fällen von Art 7 lit e und f jederzeit aus

Dr. Rainer Knyrim ist Rechtsanwalt und Partner bei Preslmayr Rechtsanwälte OG, Wien.

- 1) In D etwa die Vereinigten Auskunfteien Bürgen seit 1862, in Österreich der Kreditschutzverband seit 1870. Siehe auch *Peilert*, Das Recht des Auskunftei- und Detekteigewerbes (1996) 102 ff.
- 2) *Ehmann* in *Simitis* (Hrsg), Bundesdatenschutzgesetz⁶ (2006) 1104.
- 3) Siehe § 152 GewO, § 18 Abs 2 DSGVO 2000, § 1 Abs 2 Z 5 BWG.
- 4) § 25 Abs 3 GlücksspielG; § 6a Abs 3 NÖ SpielautomatenG.
- 5) *Bydlinski*, Zivilrechtsfragen des „kleinen“ Automaten Glücksspiels, ÖJZ 2008, 697 (699, 703, 708).
- 6) Art 8 Abs 1, Art 9 RL 2008/48/EG v 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge, ABL L 2008/133, 66.
- 7) Paragrafenzitate ohne Gesetzesangabe beziehen sich fortan auf das DSGVO 2000.
- 8) Die Interessenabwägung spielte in OGH 15. 12. 2005, 6 Ob 275/05 t, *Warnliste*, MR 2006, 83 (*Knyrim*) am Rande eine Rolle.
- 9) Hier etwa *Dörr/Schmidt*, Neues BDSG³ § 29 Rn 3; *Schwappach* in *Gallwas*, Datenschutzrecht § 32 Rn 5.
- 10) *Ehmann* in *Simitis* 1113 mwN. Siehe auch *Hoeren*, Rechtliche Grundlagen des SCHUFA-Scoring-Verfahrens, RDV 2007, 93 (96), der feststellt, dass das BDSG nicht das Ziel habe, die finanzielle Freizügigkeit des Betroffenen einseitig zulasten der wirtschaftlichen Interessen des Kreditinstituts zu bevorzugen.
- 11) *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts³ (2003) Teil B Rn 176.
- 12) OLG Wien 13 R 44/08y v 14. 4. 2008, online unter http://www.scan.verbraucherrecht.at/2008/OLG_Wien_14.4.2008_13R_44_08y.pdf, s auch „Die Presse“ Rechtspanorama v 17. 7. 2008.
- 13) OLG Linz 4 R 110/08 m v 2. 9. 2008 (nv).
- 14) RL 95/46/EG, in der Folge RL 2002/58/EG.

überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus der besonderen Situation ergebenden Gründen vorsieht. Der Widerspruch ist begründet, wenn sich aus der besonderen Situation der betroffenen Person schutzwürdige Gründe ergeben, die das öffentliche oder private Interesse an der Verarbeitung der betreffenden Daten überwiegen¹⁵⁾ – es muss also jedenfalls eine Interessenabwägung bei einem Widerspruch stattfinden. Ein Widerspruchsrecht besteht hingegen, wie Art 14 a RL festhält, nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung. Damit wird den MS die Möglichkeit eröffnet, neue Ausnahmen vom Widerspruchsrecht zu schaffen.¹⁶⁾ Art 14 b RL enthält weiters die Verpflichtung der MS, ein Widerspruchsrecht von Betroffenen ohne Interessenabwägung einzuführen, das sich aber ausdrücklich nur auf die Datenverwendung zu Zwecken der Direktwerbung beschränkt. Dem wurde in Österreich mit § 151 Abs 8 und 9 GewO sowie § 107 Abs 3 Z 4 TKG 2003 nachgekommen.

§ 28 Abs 2 besagt, dass gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datei der Betroffene jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben kann, enthält somit ein Widerspruchsrecht ohne Interessenabwägung. Diese Bestimmung passt nicht zu Art 14 RL, der in lit a entweder eine Ausnahme vom Widerspruchsrecht vorsieht, also dessen „Erschwerung“, oder eine Erweiterung des Widerspruchsrechts auf die Fälle des Art 7 a bis d der RL (liegt hier nicht vor), diesfalls nur mit Interessenabwägung; lit b sieht einen Widerspruch ohne Interessenabwägung nur im Bereich des Direktmarketings vor. Ein Gericht, das diese Bestimmung heranzieht, müsste sich daher die Frage stellen, ob § 28 Abs 2 überhaupt mit der RL vereinbar ist, und diese Frage allenfalls dem EuGH als Vorfrage zur Beantwortung vorlegen.

D. Widerspruchsrecht und Grundrecht auf Datenschutz

Ein Gericht, das § 28 Abs 2 anwendet, müsste sich weiters die Frage stellen, inwieweit dieser verfassungskonform ist und diese Frage allenfalls dem VfGH vorlegen, denn, wie oben ausgeführt, sieht § 1 Abs 2 bei Eingriffen in das Grundrecht eine Interessenabwägung vor, die in § 28 Abs 2 aber fehlt. Eine Anwendung des § 28 Abs 2 ist nur nach einer verfassungskonformen Auslegung bzw teleologischen Reduktion dieser Bestimmung in der Form möglich, dass diese nur auf solche „harmlosen“ Fälle einer Datenverwendung anwendbar ist, bei denen eine Verletzung der verfassungsrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen von vornherein gar nicht oder zumindest nicht typischerweise in Frage kommt. Den DSGVO-Autoren dürfte dies bewusst gewesen sein, und sie hielten in den Mat zu § 28 Abs 2 fest,¹⁷⁾ dass dieser nur für solche Anwendungsfälle gelte, in denen bei einer Durchschnittsbetrachtung eine Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen infolge des Zweckes der Datenverarbeitung und der verwendeten Datenarten unwahrscheinlich ist (etwa für Exportförderverzeichnisse, Verzeichnisse von Fern-

sprechteilnehmern etc¹⁸⁾). Das OLG Linz gesteht in seiner E¹⁹⁾ zwar zu, dass dies der RV zu entnehmen ist, lässt die RV als „bloß“ historische Auslegung aber nicht gelten.

E. Systematische Einordnung des Widerspruchsrechts

Die vermeintlich historischen Ausführungen der RV sind die notwendige systematische Einordnung von § 28 Abs 2 unter § 1 Abs 2, um zu einer verfassungs- und richtlinienkonformen Auslegung zu gelangen.²⁰⁾ Bei einer solchen zeigt sich, dass in § 18 Abs 2 Z 3 die Auskunftserteilung über die Kreditwürdigkeit der Betroffenen – also das „Kerngeschäft“ der Kreditauskunfteien – einer Vorabkontrolle durch die DSK unterworfen wird, sodass der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass es sich bei diesen um besonders „heikle“ Datenanwendungen handelt, keinesfalls aber um „harmlose“ Verzeichnisse iSd § 28 Abs 2. Register oder Verzeichnisse, die von Gesetzes wegen öffentlich einsehbar sind, werden in § 17 Abs 2 Z 2²¹⁾ hingegen ausdrücklich den „harmlosen“, nicht meldepflichtigen Datenanwendungen zugeordnet; im Umkehrschluss sind daher Register oder Verzeichnisse iSd § 28 Abs 2, die nicht von Gesetzes wegen öffentlich sind, maximal solche, die ohne Vorabkontrolle der normalen Meldepflicht des § 17 Abs 1 unterliegen. Eine systematische Einordnung von vorab kontrollpflichtigen Kreditauskunfteien iSd § 18 Abs 2 Z 3 unter § 28 Abs 2 ist daher in Hinblick auf das Vorgesagte unmöglich. Eine teleologische Reduktion des Begriffs „Datei“ in § 18 Abs 2 auf „Register oder Verzeichnisse“ ist daher notwendig, um nicht in die oben geschilderte verfassungsrechtliche Problematik des § 1 Abs 2 zu gelangen.

Eine dem § 28 Abs 2 ähnliche Regelung gibt es im Übrigen auch in § 29 Abs 3 BDSG hinsichtlich Adress-, Telefon-, Branchen- oder vergleichbarer *Verzeichnisse* (sic!). In der dLit wird dazu erklärt, dass diese bloß eine Regelungslücke schließen soll, als nämlich das dTKG Regeln für solche Teilnehmerverzeichnisse enthält, diese Regelungen allerdings nur im Anwendungsbereich des TKG gelten und in Abs 3 insoweit vergleichbare Regelungen für andere Anbieter geschaffen wurden. Dieser Hintergrund ist auch in § 28 Abs 2 erkennbar, aber im Gegensatz zu Österreich wird in Deutschland nicht einmal ansatzweise

15) *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (2006) Erl 2 zu Art 14.

16) *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutz-RL, Erl 3 zu Art 14.

17) RV zum DSGVO 2000, abgedruckt bei *Dobni/Pollirer/Weiss*, DSGVO § 28.

18) Diese „harmlosen“ Beispiele zeigen deutlich, dass diese mit den „heiklen“ Kreditauskunfteien nichts gemeinsam haben.

19) OLG Linz 4 R 110/08 m.

20) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I³ 26 f; *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht³ 38.

21) Der Halbsatz zum „berechtigten Interesse“ in § 17 Abs 2 Z 2 birgt Stoff für eine weitere Vorlagefrage an den EuGH – s *Drobesch/Grosinger*, DSGVO (2000) 178 mit dem Verweis auf *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutz-RL 244, nach denen im Fall, dass ein rechtliches Interesse als Zugangsschwelle vorausgesetzt ist oder eine einzelfallbezogene Interessenabwägung erfolgt (beides ist Kreditauskunfteien immanent), die Ausnahmeregel nicht anwendbar ist, was zusätzlich zeigt, dass § 28 Abs 2 in Hinblick auf § 17 Abs 2 Z 2 nicht auf Kreditauskunfteien anwendbar ist.

daran gedacht,²²⁾ § 29 Abs 3 BDSG auf Kreditauskunfteien umzulegen, die dort selbstverständlich der parallelen Bestimmung zu § 28 Abs 1, nämlich § 29 Abs 1 und 2 BDSG, zugeordnet werden.²³⁾

F. Begriff der Öffentlichkeit

Schon zur E *Warnlisten* des OGH – dort ging es allerdings um Schadenersatz wegen schuldhafter Aufnahme in diese – erlaubte ich mir die Anmerkung, dass der OGH sich auf eine ausführliche Diskussion über die Frage der Öffentlichkeit der nur einem geschlossenen, von der DSK genehmigten Benutzerkreis zugänglichen „Warnliste“ und die Möglichkeit der Bloßstellung in einem solchen Benutzerkreis nicht näher eingelassen hatte.²⁴⁾ Die beiden OLG gelangen zur Öffentlichkeit der Wirtschaftsauskunfteien iSd § 28 Abs 2 ua durch einen Vergleich, laut dem „auch Verhandlungen vor dem Zivil- oder Strafgericht ‚öffentlich‘ zugänglich sind, auch wenn sie für bewaffnete Zuhörer oder unter bestimmten Voraussetzungen für Unmündige nicht offen stehen“. Dieser Vergleich „hinkt“, da etwa bei Strafverhandlungen nach § 228 StPO – im Unterschied zu Wirtschaftsauskunfteien – jedermann ohne Schranke eines rechtlichen Interesses zu deren Inhalt Zugang erhält (die Entgeltlichkeit von Wirtschaftsauskunfteien könnte allenfalls den formellen Schranken wie Waffenlosigkeit oder Altersgrenzen gleichgesetzt werden). Überdies suggeriert dieser fälschlicherweise, dass es in der Rechtsordnung einen einheitlich definierten Begriff von „Öffentlichkeit“ gebe. Unter „Öffentlichkeit“ sei, so das OLG Linz²⁵⁾ mit Verweis auf 4 Ob 230/07 p, nicht die Allgemeinheit schlechthin, sondern ein größerer, durch geringe Zahl und individuelle Merkmale nicht eingeschränkter Personenkreis zu verstehen (s dazu die zum nächsten Absatz in den Fußnoten zitierten zahlreichen Gesetzesstellen, die dafür sprechen, dass sich eine solche Definition nicht pauschal über die Rechtsordnung erstrecken lässt). Nach der E des OLG Wien²⁶⁾ seien Bonitätsdatenbanken öffentlich zugänglich, weil jedem Unternehmer, der ein konkretes berechtigtes Interesse (wegen einer von ihm zu erbringenden Vorleistung auf Ziel und Kredit) behaupte, Zugang zu gewähren sei, womit die Auskunftserteilung nicht auf einen von vornherein bestimmten Kreis von Amts- oder Geheimnisträgern beschränkt werde, sondern jeder juristischen Person des Privatrechts, die Unternehmer mit berechtigtem Interesse ist, gewährt werde. Nach dieser Formel wären *jegliche* Datenanwendungen eines Unternehmens, die nicht ausdrücklich auf besondere Amts- oder Geheimnisträger beschränkt sind (etwa Ärzte), aus denen ein anderes Unternehmen Informationen erhalten möchte, nach der „Mechanik“ des DSG 2000 „öffentlich“, wenn für sie (wie häufig) die Rechtfertigungsgründe des § 8 Abs 1 Z 1 bis 3 nicht vorliegen, da Z 4 iVm § 7 Abs 2 Z 3 bei Datenübermittlungen *immer* das Vorliegen (konkreter) überwiegender berechtigter Interessen fordert.

Wäre eine Kreditauskunftei tatsächlich derart öffentlich, so müsste die Frage gestellt werden, ob diese nicht als „allgemein verfügbar“ unter § 1 Abs 1 zu subsumieren ist und die in dieser enthaltenen Daten

der Betroffenen dann überhaupt einem Geheimhaltungsanspruch zugänglich sind.

Selbst wenn man in anderen Gesetzen nach dem Begriff „öffentlich“ sucht, zeigt sich, dass es dafür – wie auch im DSG selbst²⁷⁾ – keinen einheitlichen oder definierten Begriff gibt. Auffallend ist, dass die Öffentlichkeit aber immer jeweils ausdrücklich angeordnet ist,²⁸⁾ sich also nicht von selbst ergibt und auch ein Widerspruch ohne Löschung ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist²⁹⁾ und daher eine vertragliche Zugangsbeschränkung bei Kreditauskunfteien mangels anderslautender gesetzlicher Bestimmungen auch als solche richtig gewertet werden muss. Weiters fällt auf, dass immer dort, wo in Gesetzen von „öffentlich“ gesprochen wird, dies in Bezug auf „Register“ geschieht,³⁰⁾ was ein letztes Mal die Richtigkeit der bereits mehrfach angesprochenen Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des § 28 Abs 2 auf Register und Verzeichnisse iSd § 17 Abs 2 Z 2 zeigt.³¹⁾

22) Bezeichnend etwa *Ehmann* in *Simitis*, EG-Datenschutz-RL 1088 ff, der dort der Interessenabwägung bei Kreditauskunfteien 50 Textseiten einräumt, § 29 Abs 3 BDSG aber nur am Rande auf einer halben Textseite (1134) erwähnt.

23) Siehe etwa *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Einführung in das Datenschutzrecht (2003), 565 ff; *Ehmann* in *Simitis*, aaO 1134 mwN.

24) OGH 15. 12. 2005, 6 Ob 275/05 t MR 2006, 83 (87) mit Glosse *Knyrim*.

25) OLG Linz 4 R 110/08 m (FN 13).

26) OLG Wien 13 R 44/08 y (FN 12).

27) Eine Definition in § 4 fehlt; § 4 Z 12 spricht von „veröffentlichen“; § 8 Abs 2 von „veröffentlicht“; § 17 Abs 2 Z 1 von „öffentlich einsehbar“; § 33 Abs 1 von „öffentlich zugänglicher Verwendung“.

28) ZB § 7 Abs 2 GBG, § 1 Abs 2 FBG, § 16 Abs 1 MeldeG § 1 Abs 1 Z 1 KMG – s zum Ausschluss der Öffentlichkeit durch persönliche Kontaktaufnahme aber bei *Kalls/Oppitz/Zollner*, KMR § 10 Rz 8 mwN.

29) § 69 Abs 5 TKG 2003.

30) § 321 ABGB, § 23 A-QSG, § 81 i BWG, § 16 MeldeG, § 133 PatG, § 17 VerG, mit Ausnahme des § 71 EO, der von „Datei“, allerdings auch von „allgemeiner Zugänglichkeit“ spricht und sich auf die Ediktsdatei des § 89 j GOG bezieht, die mit verschiedenen Registern und Verzeichnissen befüllt wird.

31) Weitere interessante Fragen, denen hier aus Platzgründen nicht nachgegangen werden kann, wären, wieso in bisherigen E der DSK (zB K600.033–018/00002-DVR/2007, K095.014/016-DSK/2001) und des OGH (zB 6 Ob 275/05 t [FN 8]) zu Warnliste und Kleinkreditevidenz § 28 Abs 2 nie thematisiert wurde und ob das Nichtvorliegen eines Kontrahierungszwangs bei Kreditauskunfteien diesen jedenfalls den Anspruch der Öffentlichkeit nimmt.

SCHLUSSSTRICH

Der Widerspruch gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten in Wirtschaftsauskunfteien muss einer Interessenabwägung nach § 28 Abs 1 DSG 2000 unterzogen werden. § 28 Abs 2 DSG 2000 ist teleologisch auf Register und Verzeichnisse zu reduzieren und nicht auf Wirtschaftsauskunfteien anwendbar, andernfalls stünde er den Verfassungsbestimmungen zum Grundrecht auf Datenschutz in § 1 Abs 2 DSG 2000 entgegen. Die Richtlinienkonformität des § 28 Abs 2 DSG 2000 ist fraglich und sollte im Rahmen eines Vorlageverfahrens an den EuGH geklärt werden.