

30.6

Dr. Stefan Siegwart, LL.M.¹⁾

Rechtsanwaltsanwärter bei der Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwalte GmbH

■ jusIT 2010/45, 108

Widerspruchsrecht gem § 28 Abs 2 DSGVO europarechts- und verfassungskonform?

Das Widerspruchsrecht gem § 28 Abs 2 DSGVO gewinnt durch die Judikatur und nicht zuletzt durch die DSGVO-Novelle 2010 immer stärker an Bedeutung. Dieser Beitrag untersucht die Europarechts- und die Verfassungskonformität der genannten Bestimmung.

Deskriptoren: Datenschutzrecht, Widerspruchsrecht

Normen: DSGVO 2000: § 28; RL 95/46/EG: Art 14

1. Einleitung

In jüngster Zeit war § 28 DSGVO²⁾ gleich mehrfach Inhalt wissenschaftlicher Auseinandersetzungen.³⁾ Anlass für diese gesteigerte Aufmerksamkeit, die der Bestimmung zuteil wurde, war eine E des OGH zum Widerspruchsrecht gem § 28 Abs 2.⁴⁾ Die E des OGH und, in deren Folge, die Kommentare, konzentrierten sich in ihren Ausführungen jeweils auf den Begriff der „*öffentlich zugänglichen Datei*“. Weniger Aufmerksamkeit wurde

bisher der Frage geschenkt, ob das Widerspruchsrecht europarechtskonform und verfassungskonform ist. Dieser Frage, der es gerade in Anbetracht der DSGVO-Novelle 2010,⁵⁾ die den Anwendungsbereich für das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs 2 zusätzlich erweitert hat,⁶⁾ an Aktualität nicht mangelt, geht der Aufsatz nach.

2. Das Widerspruchsrecht

§ 28 kennt zwei Varianten, gegen bestimmte Datenverwendungen Widerspruch zu erheben. Das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs 2 berechtigt jedermann, dessen Daten in einer *öffentlich zugänglichen Datenanwendung* gespeichert wurden, zum Widerspruch gegen die Datenspeicherung, womit die Daten binnen acht

Wochen zu löschen sind.⁷⁾ Dieses Widerspruchsrecht ist Gegenstand der Ausführungen in diesem Beitrag.

Nach § 28 Abs 1 hat jeder Betroffene das Recht, gegen die Verwendung seiner Daten wegen Verletzung *überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen*, die sich aus seiner besonderen Situation ergeben, beim Auftraggeber der Datenanwendung Widerspruch zu erheben, sofern die Verwendung von Daten nicht gesetzlich vorgesehen ist. Der Auftraggeber hat bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Daten des Betroffenen binnen acht Wochen aus seiner Datenanwendung zu löschen und allfällige *Übermittlungen* zu unterlassen. Im Gegensatz zum Widerspruchsrecht nach Abs 2 findet beim Widerspruchsrecht nach Abs 1 eine Interessenabwägung statt.

1) Dieser Aufsatz gibt lediglich die Rechtsansicht des Autors wieder.

2) Paragrafenzitate ohne Gesetzeszitat beziehen sich auf das DSGVO 2000 idGF (DSG).

3) Dörfler, Datenschutz: OGH auf Abwegen?, *ecolex* 2009, 636; Forgo/Kastelitz, Das Widerspruchsrecht gem § 28 DSGVO 2000, *jusIT* 2009/11, 18; Jahnel, Widerspruchsrecht gegen Aufnahme in eine Bonitatsdatenbank, *jusIT* 2008/87, 184; Knyrim, Widerspruch gegen die Datenverarbeitung in Wirtschaftsauskunfteien?, *ecolex* 2008, 1060; Leissler, Apropos: Aktuelles zum Datenschutz bei Bonitatsauskunften, *ecolex* 2009, 181.

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

5) BGBl I 2009/133.

6) Mit der DSGVO-Novelle 2010 wurde in § 28 Abs 2 der Begriff „*Datei*“ durch den Begriff „*Datenanwendung*“ ersetzt, um, wie den Mat zu entnehmen ist, jedenfalls auch Internetanwendungen zu erfassen.

7) Unter dem Widerspruchsrecht wird im Folgenden das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs 2 bezeichnet.

3. Europarechtskonformität?

§ 28 Abs 1 fußt auf Art 14 lit a DSRL,⁸⁾ der vorsieht, dass die Mitgliedstaaten das Recht der betroffenen Person anerkennen, „zumindest in den Fällen von Artikel 7 Buchstaben e) und f) jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch erlegen zu können, dass sie betreffende Daten verarbeitet werden; dies gilt nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung [...]“.

Das in der Richtlinie verankerte Widerspruchsrecht⁹⁾ ist damit von einer Interessenabwägung abhängig. Allerdings lässt die Bestimmung auch eine Erschwerung des Widerspruchsrechts zu, denn den Mitgliedstaaten ist es gestattet, Ausnahmen vom Widerspruchsrecht zu schaffen.¹⁰⁾

Fraglich ist, ob die in § 28 Abs 2 verankerte zusätzliche Spielart des Widerspruchsrechts, die ohne eine Interessenabwägung auskommt, zulässig ist oder nicht. Der EuGH hat bereits ausgesprochen, dass die DSRL die Rechtslage umfassend harmonisiert hat.¹¹⁾ Art 14 lit a DSRL lässt, wie gezeigt, eine Erschwerung des Widerspruchsrechts zu, wohingegen eine Erweiterung des Widerspruchsrechts auf die Fälle des Art 7 a bis d DSRL mit einer Interessenabwägung verknüpft sein muss. Nationale Abweichungen von dieser Systematik sind wegen der Vollharmonisierung unzulässig. Daran ändert auch nichts, dass der EuGH in der E „Lindqvist“ ausgesprochen hat, dass es den Mitgliedstaaten gestattet sei, den Geltungsbereich der die DSRL umsetzenden Rechtsvorschriften auf vom Anwendungsbereich der DSRL nicht erfasste Bereiche auszudehnen, soweit dem keine anderen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen entgegenstehen.¹²⁾ Das Widerspruchsrecht dehnt nämlich

nicht den Anwendungsbereich der DSRL aus, sondern, im Gegenteil, schränkt diesen ein, indem es einen zusätzlichen Lösungsanspruch gegen eine an sich zulässige Datenverarbeitung statuiert.

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch über Art 13 DSRL: Nach dieser Bestimmung können Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften erlassen, die die Pflichten und Rechte einzelner Artikel der DSRL beschränken, sofern eine solche Beschränkung zur Verfolgung bestimmter Regelungsziele notwendig ist. Im Umkehrschluss heißt das aber, dass die Einschränkung der Rechte und Pflichten anderer, nicht in Art 13 genannter Bestimmungen unzulässig ist. Wenn ein Auftraggeber Daten entsprechend Art 7 DSRL (der in Art 13 DSRL nicht genannt wird) verarbeitet, ist ein den Betroffenen zuerkanntes Widerspruchsrecht, wonach die (zulässigerweise) verarbeiteten Daten unter den weiteren Voraussetzungen des § 28 Abs 2 zu löschen sind, eine Einschränkung der den Auftraggebern zustehenden Rechte. Eine solche Einschränkung der Rechte der Auftraggeber, die zugleich eine Erweiterung der Rechte der Betroffenen ist, was in diesem Zusammenhang aber nicht von Bedeutung ist, ist demnach unzulässig. Das Widerspruchsrecht ist vor diesem Hintergrund mE gemeinschaftswidrig.

4. Verfassungskonformität?

Halten wir uns das Widerspruchsrecht nochmals kurz vor Augen: Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 28 Abs 2 hat der Auftraggeber – ohne eine Interessenabwägung – die Daten des Betroffenen zu löschen, selbst wenn er sie rechtmäßig verarbeitet. Unter Daten versteht das DSG personenbezogene Daten,¹³⁾ wobei das DSG nicht nur personenbezogene Tatsachen (wie zB die Adresse, die Nationalität oder das Geburtsdatum) einer Person sondern auch Werturteile über diese Person erfasst. Zu Recht sprechen *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* idZ von personenbezogenen Informationen, die das DSG schützen will.¹⁴⁾ Da damit jegliche Information, die einer Person zugeordnet werden kann, als personenbezogenes Datum gilt und unter bestimmten Voraussetzungen zu löschen ist, ist der Konflikt mit der Meinungsäußerungsfreiheit vorprogrammiert.

Denn Art 10 Abs 1 S 1 EMRK normiert, dass jedermann Anspruch auf freie Meinungsäußerung hat. Vom Schutzbereich

erfasst sind sowohl Meinungskundgaben wie Tatsachenmitteilungen; geschützt wird damit die Redefreiheit schlechthin.¹⁵⁾ Geschützt ist die Freiheit der Meinungsbildung und ihre Äußerung bzw Weitergabe, jeweils unabhängig von der Verbreitungsform.¹⁶⁾ Der Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit darf weder vom Inhalt noch von einer besonderen Legitimation des Äußernden abhängig gemacht werden.¹⁷⁾ Daraus folgt, dass personenbezogene Informationen jedenfalls in den Schutzbereich des Grundrechts fallen, schließlich handelt es sich dabei (auch) um Tatsachenmitteilungen bzw Meinungskundgaben. Da ein Auftraggeber unter den weiteren Voraussetzungen des Widerspruchsrechts Daten löschen muss, wird er an der Weitergabe seiner (personenbezogenen) Äußerung gehindert, worin ein Eingriff in Art 10 EMRK zu sehen ist.¹⁸⁾

Ein Eingriff ist nur zulässig, wenn er gesetzlich vorgesehen ist, ein legitimes Ziel iSd Art 10 Abs 2 EMRK verfolgt und verhältnismäßig ist. Als legitime Ziele kommen einerseits der Schutz vertraulicher Nachrichten und andererseits der Schutz der Rechte anderer infrage.¹⁹⁾ Der EGMR hat sich mit ersterem Einschränkungsground bisher noch kaum beschäftigt.²⁰⁾ Beim Schutz vertraulicher Nachrichten geht es um den Schutz von Geheimnissen, also von Nachrichten, deren Inhalt für so bedeutsam gehalten wird, dass er bloß einzelnen Geheimnisträgern bekannt ist. Anders der Schutz personenbezogener Daten: Sie werden nicht wegen ihres Inhaltes geschützt, sondern wegen ihres Personenbezuges. Selbst banale Nachrichten²¹⁾ sind – ohne dass die Person das wollen muss – grundsätzlich geschützt, sofern sie personenbezogen sind. Personenbezo-

8) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl 281 S 31 (DSRL).

9) Auf das hier nicht einschlägige Recht, gegen Datenverarbeitungen zum Zweck von Direktwerbung Widerspruch zu erheben, wird hier nicht weiter eingegangen.

10) *Knyrim*, Widerspruch gegen die Datenverarbeitung in Wirtschaftsauskunften?, *ecolex* 2008, 1061.

11) EuGH 6. 11. 2003, Rs C-101/01, *Lindqvist*, Slg 2003, I-12971, Rn 95 ff; EuGH 16. 12. 2008, Rs C-524/06, *Huber*, Rn 51; siehe auch *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) Rn 1/38 f; siehe auch *Forgó/Kastelitz*, Das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 2 DSG – eine Analyse, in *Jahnel* (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht (2009) 26.

12) EuGH 6. 11. 2003, Rs C-101/01, *Lindqvist*, Slg 2003, I-12971, Rn 98.

13) Vgl §§ 1 Abs 1 u 4 Z 1.

14) Vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 4 Anm 2; so auch *Jahnel*, Handbuch (FN 11) Rn 3/72.

15) *Mayer*, B-VG⁴ (2007) Art 10 MRK II.1.

16) Vgl *Holoubek* in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte § 195 Rn 5; *Windhager/Lattacher*, Meinungsfreiheit – Pressefreiheit – Rundfunkfreiheit – Kunstfreiheit, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rn 14/7.

17) *Windhager/Lattacher*, Menschenrechte (FN 16) Rn 14/6 mwN.

18) Kommt der Auftraggeber dem Widerspruch nicht nach, kann der Betroffene seinen Anspruch – je nach Auftraggeber – vor der Datenschutzkommission oder auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen. Es handelt sich demnach keineswegs um den Fall einer bloß zwischen Privatpersonen auszutragenden Streitigkeit, sondern um einen grundrechtsrelevanten möglichen Eingriff durch den Staat; vgl zum Rechtsschutz *Jahnel*, Handbuch (FN 11) Rn 7/80 mwN.

19) Andere legitime Ziele kommen nicht in Betracht, weil die Löschung ohne Interessenabwägung durchzuführen ist.

20) Vgl *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² (1996) Art 10 Rn 34; siehe auch EGMR Urv v 10. 12. 2007, *Stoll/Switzerland*.

21) Auf die Frage, wann ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse vorliegt, wird hier nicht näher eingegangen.

gene Daten sind daher per se keine vertraulichen Nachrichten iSd Art 10 Abs 2 EMRK. Wollte man das anders sehen, wäre Art 10 EMRK völlig ausgehöhlt, weil jegliches personenbezogenes Datum einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit zuließe. Die Datenlöschung infolge des Widerspruchs gem § 28 Abs 2 kann daher nicht mit dem Schutz vertraulicher Nachrichten gerechtfertigt werden.

Der Eingriff könnte durch den Schutz der Rechte anderer gerechtfertigt sein. Auch wenn es unbestrittenermaßen ein Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und Datenschutz gibt, hat der EGMR im Fall *Lingens*,²²⁾ als er den Persönlichkeitsschutz (zu dem im weiteren Sinn ja auch der Da-

tenschutz zu zählen ist) mit der Kommunikationsfreiheit abwog, Letzterer die höhere Bedeutung zugeordnet, sodass Rechte anderer den Eingriff in Art 10 EMRK nicht rechtfertigen. Davon abgesehen gibt es bei näherer Betrachtung auch keinen Konflikt der Meinungsäußerungsfreiheit mit dem Grundrecht auf Datenschutz. Ein Auftraggeber, der die Daten eines Betroffenen zulässigerweise verarbeitet hat, hat dessen Grundrecht auf Datenschutz notwendigerweise gewahrt und mitnichten verletzt. Es liegt aber beim Widerspruchsrecht auch kein Fall des Grundrechts auf Löschung (§ 1 Abs 3) vor, denn dieses setzt bei einer unzulässigen Datenverarbeitung an,²³⁾ die es im Fall des Widerspruchs aber gerade

nicht gibt (dort soll einzig der Umstand, dass ein personenbezogenes Datum in eine öffentliche Datenanwendung eingetragen worden ist, die Löschung der Daten rechtfertigen). Für unzulässigerweise verarbeitete Daten gibt es aber ohnehin den Löschungsanspruch gem § 27.

ME verstößt das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs 2, das ohne Rücksicht auf den Inhalt der Daten unter den weiteren gesetzlichen Voraussetzungen vom Auftraggeber eine Löschung zulässigerweise verarbeiteter Daten verlangt, gegen die Meinungsäußerungsfreiheit und ist daher verfassungswidrig.²⁴⁾

22) EGMR Urt v 8. 7. 1986, *Lingens/Österreich*, Ser A no 103 = EuGRZ 1986, 424; ähnlich BGH 23. 6. 2009, VI ZR 196/08, *spickmich.de*, jusIT 2009/96, 191 = MR-Int 2/09, 57.

23) *Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000, in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner* (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive – FS Schäffer (2006) 325; *Lehner*, Recht auf Datenschutz, in *Heißl*

(Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rn 11/40.

24) Auch *Jahnel* ortet in § 28 Abs 2 ein erhebliches Spannungsverhältnis zur Freiheit der Meinungsäußerung; *Jahnel*, Anmerkung zu OLG Linz 16. 7. 2009, 3 R 101/09g, jusIT 2010/13, 28.



Der Autor:

Dr. Stefan Siegwart, LL.M. ist Rechtsanwaltsanwärter bei der *Höhne, In der Maur & Partner* Rechtsanwälte GmbH und war davor mehrere Jahre in der Rechtsabteilung der Österreichischen Apothekerkammer tätig.

Publikationen des Autors:

Dörfler/Siewgart, Datenschutz in vertraglichen Beziehungen in *Bauer/Reimer* (Hrsg), Handbuch Datenschutzrecht (2009), *Siewgart/Höhne*, Die Haftung des Privatgutachters nach § 1330 ABGB, *ecolex* 2009, 859, *Siewgart*, Das Veröffentlichen von Daten, in *Jahnel/Siewgart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007).