



**Fundstellen:** jusIT 2015/99, 246 (*Thiele*) = MR 2015, 296 (*Koukal*) = ZIIR 2016/H 1

- 1. § 28 Abs 2 DSG 2000, der den von einer nicht gesetzlich angeordneten Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung Betroffenen ein jederzeitiges und begründungsloses Widerspruchsrecht einräumt, das eine unbedingte Verpflichtung des Auftraggebers zur Löschung der Daten nach sich zieht, greift in die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit des Art 10 MRK ein.**
- 2. Der in § 28 Abs 2 DSG 2000 normierte Eingriff in das Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit ist – zumindest außerhalb der vom Medienprivileg des § 48 DSG 2000 erfassten Konstellationen – unverhältnismäßig.**
- 3. § 28 Abs 2 DSG 2000 wird wegen Verstoßes gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung gemäß Art 10 EMRK als verfassungswidrig mit Wirkung zum 31. 12. 2016 aufgehoben.**

Leitsätze verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

## **Im Namen der Republik!**

[...]

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

#### **I. Antrag**

Mit dem vorliegenden, auf Art 140 Abs 1 Z 1 litd B-VG gestützten Antrag begehrt die antragstellende Gesellschaft, § 28 Abs 2 Datenschutzgesetz 2000 (in der Folge: DSG 2000), BGBl I 165/1999, idF BGBl I 133/2009, als verfassungswidrig aufzuheben.

#### **II. Rechtslage**

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000 (DSG 2000), BGBl I 165/1999, idF BGBl I 51/2012, lauten (die angefochtene Gesetzesbestimmung idF BGBl I 133/2009 ist hervorgehoben):

[...]

##### **5. Abschnitt**

Die Rechte des Betroffenen

[...]

##### **Widerspruchsrecht**

§ 28. (1) Sofern die Verwendung von Daten nicht gesetzlich vorgesehen ist, 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. Der Auftraggeber hat bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Daten des Betroffenen binnen acht Wochen aus seiner Datenanwendung zu löschen und allfällige Übermittlungen zu unterlassen.

(2) Gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung kann der Betroffene jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben. Die Daten sind binnen acht Wochen zu löschen.

(3) § 27 Abs 4 bis 6 gelten auch in den Fällen der Abs 1 und 2.

[...]

## 8. Abschnitt

### Besondere Verwendungszwecke von Daten

[...]

#### Publizistische Tätigkeit

§ 48. (1) Soweit Medienunternehmen, Mediendienste oder ihre Mitarbeiter Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit im Sinne des Mediengesetzes verwenden, sind von den einfachgesetzlichen Bestimmungen des vorliegenden Bundesgesetzes nur die §§ 4 bis 6, 10, 11, 14 und 15 anzuwenden.

(2) Die Verwendung von Daten für Tätigkeiten nach Abs 1 ist insoweit zulässig, als dies zur Erfüllung der Informationsaufgabe der Medienunternehmer, Mediendienste und ihrer Mitarbeiter in Ausübung des Grundrechtes auf freie Meinungsäußerung gemäß Art 10 Abs 1 EMRK erforderlich ist.

(3) Im übrigen gelten die Bestimmungen des Mediengesetzes, insbesondere seines dritten Abschnitts über den Persönlichkeitsschutz."

## **III. Sachverhalt, Antragsvorbringen und Vorverfahren**

1. Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

1.1. Die antragstellende Gesellschaft betreibt ein Internetportal, in dem in Österreich praktizierende Ärzte verzeichnet sind. Für jeden verzeichneten Arzt enthält das Portal eine eigene Seite, auf der Name, Praxisadresse und -telefonnummer, Vertragskassen, Ordinationszeiten und Diplome der Österreichischen Ärztekammer des jeweiligen Arztes angegeben sind. Die Nutzer des Portals können über eine Suchfunktion nach diesen Informationen in der Datenbank der antragstellenden Gesellschaft suchen. Weiters können angemeldete Benutzer des Internetportals Bewertungen und Erfahrungsberichte zu dem jeweiligen Arzt veröffentlichen.

1.2. Der Kläger im Verfahren vor dem Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien -die beteiligte Partei im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof - beehrte mit seiner Klage vom 3. November 2014 das Urteil, die beklagte Partei - die nunmehr vor dem Verfassungsgerichtshof antragstellende Gesellschaft - sei schuldig, es zu unterlassen, näher bezeichnete Daten des Klägers auf ihren Webseiten zu veröffentlichen oder sonst zu verarbeiten, sowie die genannten Daten des Klägers auf ihrer Webseite [www.docfinder.at](http://www.docfinder.at) zu löschen und dem Kläger die Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

1.3. Mit Urteil vom 24. April 2015 gab das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien der Klage im Wesentlichen mit der Begründung statt, dass das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 auch ohne Anführung schutzwürdiger Interessen ausgeübt werden könne. Gemäß § 32 Abs 2 DSG 2000 sei der Kläger berechtigt, Unterlassung und Beseitigung des diesem Bundesgesetz widerstreitenden Zustandes zu begehren. Der Gesetzgeber stelle das Lösungsrecht ausschließlich in das Belieben des Betroffenen; auf die Dartuung eines besonderen Geheimhaltungsinteresses oder objektiv schutzwürdiger Interessen komme es nicht an. Der Kläger habe gegen die Verwendung seiner Daten Widerspruch erhoben, die nunmehr antragstellende Gesellschaft habe dennoch die Daten nicht binnen acht Wochen gelöscht, sodass das Lösungsbegehren des Klägers berechtigt sei. Das in § 48 DSG 2000 enthaltene Medienprivileg komme nur Medienunternehmen, Mediendiensten oder ihren Mitarbeitern im Sinne des Mediengesetzes zu, nicht aber dem Betreiber eines Internetportals. Überdies sei eine bloße Wiedergabe von Daten keine publizistische Tätigkeit im Sinne des § 48 DSG 2000; gleiches gelte auch für das in der Internetplattform angebotene Bewertungsforum. Eine unmittelbare Anwendung des Art 9 der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien

Datenverkehr, ABl. L 281/1995, (im Folgenden: Datenschutz-Richtlinie) komme mangels ausreichender inhaltlicher Bestimmtheit nicht in Betracht.

1.4. Gegen dieses Urteil erhob die antragstellende Gesellschaft am selben Tag, an dem sie auch den (Partei-)Antrag gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 litd B-VG stellte, Berufung an das Oberlandesgericht Wien.

*2. Die antragstellende Gesellschaft behauptet in ihrem auf Art 140 Abs 1 Z 1 litd B-VG gestützten Antrag, in ihren Rechten wegen Anwendung des § 28 Abs 2 DSG 2000 verletzt zu sein, weil dieser gegen Art 10 EMRK und den Gleichheitssatz verstoße.*

[...]

*4. Für die Bundesregierung sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die gegen die Zulässigkeit des Antrages und die Präjudizialität der angefochtenen Bestimmung sprechen würden.*

[...]

5. Der Verfassungsgerichtshof führte am 30. September 2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der die Parteien zu Fragen der Auslegung und der Verhältnismäßigkeit der angefochtenen Bestimmung sowie zu Fragen der Auslegung der Datenschutz-Richtlinie Stellung nahmen.

#### **IV. Erwägungen**

##### *1. Zur Zulässigkeit*

1.1. Voraussetzung eines Parteiantrages auf Normenkontrolle ist - entsprechend der Formulierung des Art 140 Abs 1 Z 1 litd B-VG - die Einbringung eines Rechtsmittels in einer "in erster Instanz entschiedenen Rechtssache", somit eines (gemäß § 62a Abs 1 erster Satz VfGG rechtzeitigen und auch sonst zulässigen) Rechtsmittels gegen eine die Rechtssache erledigende Entscheidung erster Instanz. Außerdem muss der Parteiantrag gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 litd B-VG "aus Anlass" der Erhebung eines Rechtsmittels gestellt werden, was § 62a Abs 1 erster Satz VfGG dahin präzisiert, dass der Parteiantrag "gleichzeitig" mit dem Rechtsmittel gestellt werden muss.

1.2. Dem Erfordernis der Gleichzeitigkeit hat die antragstellende Gesellschaft jedenfalls dadurch Rechnung getragen, dass sie den vorliegenden Parteiantrag und die Berufung gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 24. April 2015 am selben Tag erhoben und eingebracht hat (vgl. VfGH 3.7.2015, G46/2015).

1.3. Der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass die Berufung der antragstellenden Gesellschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 24. April 2015 zulässig ist.

1.4. Die Bestimmung, deren Aufhebung die antragstellende Gesellschaft begehrt, ist auch präjudiziell: Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien hat § 28 Abs 2 DSG 2000 im Anlassverfahren angewendet. Auch die Bundesregierung bestreitet die Präjudizialität des § 28 Abs 2 DSG 2000 nicht.

1.5. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich der Antrag als zulässig.

##### *2. In der Sache*

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art 140 B-VG auf die Erörterung der

aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

2.1. Die antragstellende Gesellschaft bringt zusammengefasst zunächst vor: Die Geltendmachung des Widerspruchsrechts führe dazu, dass die Verarbeitung und Veröffentlichung der jeweiligen personenbezogenen Daten und der darauf aufbauende Meinungs-austausch im Internetportal der antragstellenden Gesellschaft nicht mehr möglich sei. Dies stelle einen Eingriff in das Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit dar. Da das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 keiner Begründung bedürfe und keine Abwägung zwischen dem (unter Umständen gar nicht vorliegenden) Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen und dem Interesse an einer öffentlichen Meinungsbildung stattfinde, sei dieser Eingriff unverhältnismäßig.

2.1.1. § 28 Abs 1 DSG 2000 räumt jedem von einer Datenverwendung Betroffenen das Recht ein, gegen die Verwendung seiner Daten wegen Verletzung überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, die sich aus seiner besonderen Situation ergeben, beim Auftraggeber der Datenanwendung Widerspruch zu erheben. 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 Fall eines Widerspruchs gemäß § 28 Abs 1 DSG 2000 ist daher unzweifelhaft eine Interessenabwägung durchzuführen (so auch OGH 14.9.2006, 6 Ob 167/06m; Dohr/Pollirer/Weiss/ Knyrim [Hrsg.], DSG2, § 28 Anm. 4).

Mit dem Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 1 DSG 2000 wurde die Vorgabe des Art 14 lita Datenschutz-Richtlinie umgesetzt, wonach 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 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; [...]".

Gemäß Art 7 Datenschutz-Richtlinie darf die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

"a) Die betroffene Person hat ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben;

b) die Verarbeitung ist erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen;

c) die Verarbeitung ist für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt;

d) die Verarbeitung ist erforderlich für die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person;

e) die Verarbeitung ist erforderlich für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Dritten, dem die Daten übermittelt werden, übertragen wurde;

f) die Verarbeitung ist erforderlich zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind, überwiegen."

Gemäß Art 8 Abs 1 Datenschutz-Richtlinie ist die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von

Daten über Gesundheit oder Sexualleben grundsätzlich zu untersagen; Abs 2 leg.cit. listet taxativ Ausnahmen auf.

Art 7 Datenschutz-Richtlinie wurde hinsichtlich der Verwendung nicht-sensibler Daten insbesondere in § 8 DSG 2000 (vgl. Ennöckl, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung, 2014, 366) umgesetzt. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen sind demnach bei Verwendung nicht-sensibler Daten unter anderem dann nicht verletzt, wenn "überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern" (§ 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000). Jeder Datenverwendung muss daher eine Interessenabwägung vorangehen (vgl. Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim [Hrsg.], DSG2, § 8 Anm. 9). § 8 Abs 3 DSG 2000 nennt demonstrativ Fälle, in denen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen aus dem Grunde des § 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000 nicht verletzt sind.

2.1.2. Gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 kann der Betroffene "gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung [...] jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben. Die Daten sind binnen acht Wochen zu löschen".

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (RV 1613 BlgNR 20. GP, 48) wird zu § 28 Abs 2 DSG 2000 ausgeführt:

"In Abs 2 wird eine zusätzliche Spielart des Widerspruchsrechts ausdrücklich geregelt, die in der Praxis nach den bisherigen Erfahrungen bedeutsam ist und nur die Nutzenanwendung des bereits zu Abs 1 Gesagten auf eine besondere Konstellation darstellt: Es gibt wiederholt Anwendungsfälle, in welchen bei einer Durchschnittsbetrachtung eine Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen infolge des Zwecks der Datenverarbeitung und der verwendeten Datenarten unwahrscheinlich ist (Beispielsfälle wären etwa Verzeichnisse österreichischer Gewerbetreibender, die für Exportförderungs Zwecke verwendet werden; Einwohnerverzeichnisse; Verzeichnisse von Fernsprechteilnehmern, Telefaxanschlüssen, E-Mail-Adressen, usw.). Derartige öffentlich zugängliche Verzeichnisse beruhen zum größten Teil nicht auf ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen. Um einen fairen Interessenausgleich zu gewährleisten, scheint es sinnvoll, Personen ein Widerspruchsrecht gegen die Aufnahme in solche Verzeichnisse einzuräumen, wenn sie in Abweichung von der durchschnittlichen Einschätzung der Geheimhaltungsinteressen eine Verletzung ihrer Interessen durch Aufnahme ihrer Daten in ein solches Verzeichnis befürchten. Durch die Möglichkeit des Widerspruchs wäre gewährleistet, daß einerseits Verzeichnisse dieser Art, die von der großen Mehrheit der Bevölkerung als sinnvoll und nützlich empfunden werden, legalerweise existieren können und andererseits Interessenslagen, die vom Durchschnitt abweichen, entsprechend berücksichtigt werden können und diese Berücksichtigung auch einfach durchzusetzen ist."

2.1.2.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Widerspruchsrecht des § 28 Abs 2 DSG 2000 den Betroffenen nur in jenen Fällen zusätzlichen Rechtsschutz einräumt, in denen die Verarbeitung der Daten grundsätzlich rechtmäßig ist, etwa weil "überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers die Verwendung erfordern" (§ 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000) oder es sich um zulässigerweise veröffentlichte Daten (§ 8 Abs 2 DSG 2000) handelt.

2.1.2.2. Die öffentliche Zugänglichkeit einer Datenanwendung iSd § 28 Abs 2 DSG 2000 liegt dann vor, wenn sie einem nicht von vornherein bestimmten, nach außen hin begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wird und der Zugang zur Datenanwendung nur von der Entscheidung des Auftraggebers über das ausreichende Interesse des Abfragenden abhängig ist (vgl. OGH 13.9.2012, 6 Ob 107/12x mwN zur "öffentlich zugänglichen Datei" iSd § 28 Abs 2 DSG 2000 idF vor der Datenschutznovelle 2010).

2.1.2.3. Der Begriff der "Datenanwendung" iSd § 4 Z 7 DSG 2000 entspricht dem früher verwendeten Begriff der "Datenverarbeitung"; der Gesetzgeber versteht darunter "die Summe der in ihrem Ablauf logisch verbundenen Verwendungsschritte (Z 8), die zur Erreichung eines inhaltlich bestimmten Ergebnisses (des Zweckes der Datenanwendung) geordnet sind und zur

Gänze oder auch nur teilweise automationsunterstützt, also maschinell und programmgesteuert, erfolgen (automationsunterstützte Datenanwendung)". Durch die Verwendung des Begriffs der "Datenanwendung", der mit der Datenschutznovelle 2010, BGBl I 133/2009, an Stelle des in § 28 Abs 2 DSG 2000 in der Stammfassung verwendeten Begriffs der "Datei" gesetzt wurde, soll nach den Materialien (RV 472 BlgNR 24. GP, 11) gewährleistet werden, dass "auch etwa bei Internetanwendungen, bei denen über die Dateieigenschaft Unklarheit besteht, das Recht auf Widerspruch geltend gemacht werden kann".

So stellt etwa die Veröffentlichung personenbezogener Daten auf einer Internetseite eine Datenanwendung dar (vgl. dazu Koukal, Widerspruchsrecht - Kleine Änderung, große Wirkung, MR 2009, 363). Auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ist der Vorgang, der darin besteht, personenbezogene Daten auf eine Internetseite zu stellen, als Datenverarbeitung iSd Art 3 Abs 1 Datenschutz-Richtlinie anzusehen (EuGH 6.11.2003, C-101/01, Lindqvist).

2.1.2.4. Nach der von der Bundesregierung in ihrer Äußerung sowie in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung, die explizit auf einer unions- und verfassungskonformen Auslegung der angefochtenen Bestimmung beruht, führt ein Widerspruch gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 nicht zwingend dazu, dass die betroffenen Daten vom Auftraggeber nicht mehr verwendet werden dürfen. § 28 Abs 2 DSG 2000 ordne eine Beweislastumkehr an und entbinde den Betroffenen von der Verpflichtung, seinen Widerspruch zu begründen. Dieses Verständnis komme auch in den Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck, denen zufolge das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs 1 DSG 2000 eine auf den erfolgreich Widersprechenden begrenzte Löschungspflicht darstelle und das Widerspruchsrecht nach Abs 2 leg.cit. nur die Anwendung des Abs 1 leg.cit. auf eine besondere Konstellation darstelle. Mit der Geltendmachung des Widerspruchsrechts entstehe zwar grundsätzlich eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Löschung der Daten binnen acht Wochen, ohne dass der Betroffene seinen Anspruch begründen müsse; aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen könnten aber selbst im Falle eines solchen Widerspruchs die Daten weiter verwendet werden, wenn der Auftraggeber darlegen könne, dass ein Rechtsgrund gemäß § 1 Abs 2 iVm § 8 Abs 1 Z 1 bis 4 DSG 2000 vorliege und im Einzelfall schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt würden. Wenn ein solcher Nachweis allerdings unterbleibe, müssten die Daten gemäß § 28 Abs 2 letzter Satz DSG 2000 zwingend gelöscht werden. § 28 Abs 2 DSG 2000 weiche somit vom Widerspruchsrecht nach Abs 1 dieser Bestimmung nur dahin ab, dass im Falle des Abs 2 dem Auftraggeber der Nachweis obliege, dass er zur Verwendung der Daten berechtigt sei und schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt würden.

2.1.2.5. Der Oberste Gerichtshof führte in seinem Urteil vom 1. Oktober 2008, 6 Ob 195/08g, aus, dass die Auffassung, der Betroffene müsse zwar seinen Antrag nicht begründen, dies aber auf Nachfrage des Auftraggebers nachholen, nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch der Absicht des historischen Gesetzgebers widerspreche. Der Gesetzgeber sei bei Einführung des § 28 Abs 2 DSG 2000 gerade davon ausgegangen, dass es Anwendungsfälle gebe, in welchen bei einer Durchschnittsbetrachtung eine Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen unwahrscheinlich sei. Aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ergebe sich, dass der Gesetzgeber das Lösungsrecht ausschließlich in das Belieben des Betroffenen stelle; auf eine Dartuung eines besonderen Geheimhaltungsinteresses oder objektiv schutzwürdiger Interessen komme es gerade nicht an (vgl. auch Grassner, Das Widerspruchsrecht bei Wirtschaftsauskunfteien, ÖJZ 2010, 899, 900; Siegwart, Widerspruchsrecht gem § 28 Abs 2 DSG europarechts- und verfassungskonform?, jusIT 2010, 108; Berka, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, ÖJT I/1, 2012, 45 f.; Kotschy, Das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten, in: Jähnel [Hrsg.],

Datenschutzrecht und E-Government, 2012, 49; Ennöckl, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung, 2014, 480). In weiteren Urteilen stellte der Oberste Gerichtshof zudem fest, dass bereits der Widerspruch nach § 28 Abs 2 DSG 2000 nach dem "völlig eindeutigen Gesetzeswortlaut" die Verpflichtung des Auftraggebers zur Löschung der Daten des Betroffenen auslöse; die nachträgliche Einschränkung des Zugriffs auf diese Daten bzw. eine Änderung der Datenorganisation dahingehend, dass ein gezielter Zugriff auf die betreffenden Daten ausgeschlossen sei, reiche nicht aus (OGH 15.4.2010, 6 Ob 41/10p; 13.9.2012, 6 Ob 107/12x).

2.1.2.6. Der Verfassungsgerichtshof legt diese Auslegung der angefochtenen Bestimmung durch den Obersten Gerichtshof, die auch das Landesgericht für Zivilrechtssachen im Anlassverfahren heranzog, seiner Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren zugrunde.

2.1.3. Nach Art 10 Abs 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Vom Schutzzumfang dieser Bestimmung, die das Recht der Freiheit der Meinung und der Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden einschließt, werden sowohl reine Meinungskundgaben als auch Tatsachenäußerungen, aber auch Werbemaßnahmen erfasst. Die Übermittlung von Informationen ist unabhängig von deren Inhalt von Art 10 EMRK umfasst. Art 10 EMRK unterscheidet auch nicht, ob damit kommerzielle Zwecke verfolgt werden oder nicht (so etwa EGMR 24.2.1994, Fall Casado Coca, Appl. 15450/89, NL 1994, 84; vgl. auch VfSlg 18.378/2008). Hinsichtlich des Rechts auf Zugänglichkeit und Empfang von Informationen verbietet Art 10 EMRK in erster Linie die Beschränkung des Empfangs von Informationen, die andere einer Person zukommen lassen oder beabsichtigen zukommen zu lassen (EGMR 26.3.1987, Fall Leander, Appl. 9248/81, Z 74).

Art 10 Abs 2 EMRK sieht allerdings im Hinblick darauf, dass die Ausübung dieser Freiheit Pflichten und Verantwortung mit sich bringt, die Möglichkeit von Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen vor, wie sie in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes und der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung von vertraulichen Nachrichten oder zur Gewährleistung des Ansehens und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung notwendig sind.

Ein verfassungsrechtlich zulässiger Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung muss sohin, wie auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausgesprochen hat (s. zB EGMR 26.4.1979, Fall Sunday Times, EuGRZ 1979, 390; 25.3.1985, Fall Barthold, EuGRZ 1985, 173), gesetzlich vorgesehen sein, einen oder mehrere der in Art 10 Abs 2 EMRK genannten rechtfertigenden Zwecke verfolgen und zur Erreichung dieses Zweckes oder dieser Zwecke "in einer demokratischen Gesellschaft notwendig" sein (vgl. VfSlg 12.886/1991, 14.218/1995, 14.899/1997, 16.267/2001 und 16.555/2002).

2.1.4. § 28 Abs 2 DSG 2000, der den von einer nicht gesetzlich angeordneten Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung Betroffenen ein jederzeitiges und begründungsloses Widerspruchsrecht einräumt, das eine unbedingte Verpflichtung des Auftraggebers zur Löschung der Daten nach sich zieht, greift in die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit des Art 10 EMRK ein.

Die angefochtene Bestimmung dient - wie auch aus den Materialien (RV 1613 BlgNR 20. GP, 48) hervorgeht - dem Schutz des Betroffenen und damit einem legitimen Ziel im Sinne des Art 10 Abs 2 EMRK. Der Verfassungsgerichtshof verkennt nicht, dass die Aufnahme personenbezogener Daten in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung für den Betroffenen, der diese Art der Verwendung nicht zumindest duldet, einen schweren Eingriff in seine Interessen darstellen kann (vgl. Kotschy, Das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten, in: Janel [Hrsg.], Datenschutzrecht und E-Government, 2012, 49).

Einem Widerspruch gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 hat der Auftraggeber jedoch auch dann binnen acht Wochen mittels Löschung der betroffenen Daten Folge zu leisten, wenn sein Interesse an der Äußerung oder Weitergabe der mit den personenbezogenen Daten verbundenen Information bzw. das Interesse der (potentiellen) Empfänger am Zugang zu dieser Information jenes des Betroffenen an der Löschung aus der öffentlich zugänglichen Datenanwendung überwiegt.

Mit der Ausübung des Widerspruchsrechts gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 kann der Betroffene jede Art der fortgesetzten Zugänglichmachung von Information in einer öffentlichen Datenanwendung in Zusammenhang mit seiner Person unterbinden, ganz unabhängig davon, ob es sich dabei etwa um Angaben zur Person des Betroffenen, zu seinen Lebensumständen, seinem persönlichen Hintergrund oder seiner beruflichen Tätigkeit, oder ob es sich etwa um Fakten, um Tatsachenbehauptungen oder um Werturteile über den Betroffenen handelt. Damit ist etwa die Aufnahme in ein öffentlich zugängliches Telefon- oder Adressverzeichnis ebenso erfasst wie eine kritische Auseinandersetzung mit der Tätigkeit eines namentlich genannten Politikers auf einer Internetseite.

2.1.5. Die angefochtene Regelung des § 28 Abs 2 DSG 2000, die dem von einer Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung Betroffenen pauschal ein unbedingtes Widerspruchsrecht einräumt, ohne dass eine Abwägung der Interessen des Betroffenen einerseits und jener des Auftraggebers und der Öffentlichkeit andererseits stattfindet, erlaubt in den vom Medienprivileg des § 48 DSG 2000 nicht erfassten Konstellationen, in denen das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 ausgeübt werden kann, keine Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls, die beispielsweise darin bestehen können, dass die in der Datenanwendung veröffentlichte Information von besonders großem Interesse für die Allgemeinheit ist, etwa auf Grund der Rolle, die die betroffene Person im öffentlichen Leben spielt. Eine solche Interessenabwägung ist jedoch auf Grund von Art 10 EMRK verfassungsrechtlich geboten, um einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden, häufig auch grundrechtlich geschützten Interessen herzustellen (vgl. Ennöckl, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung, 2014, 484 f.; zum Gebot der Interessenabwägung im Hinblick auf die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch einen Suchmaschinenbetreiber siehe auch EuGH 13.5.2014, Rs. C-131/12, Google Spain SL ua., Rn. 80 f.).

*Der in § 28 Abs 2 DSG 2000 normierte Eingriff in das Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit ist daher unverhältnismäßig.*

2.1.6. Soweit die Bundesregierung in ihrer Äußerung darauf hinweist, dass der Gesetzgeber durch das Medienprivileg gemäß § 48 Abs 2 DSG 2000 umfangreiche Ausnahmen vom Widerspruchsrecht vorgesehen und dadurch Verletzungen im Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit "weitgehend vorgebeugt" habe, vermag dies nicht zu überzeugen: Es kann dahingestellt bleiben, welchen Anwendungsbereich § 48 DSG 2000, dessen Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Verfassungsgerichtshof bei der Entscheidung über den vorliegenden Antrag nicht zu klären hat, im Einzelnen hat (vgl. etwa Hattenberger/Hoi, Ein "Medienprivileg" für alle und für alles?, in: Jahnle [Hrsg.], Datenschutzrecht - Jahrbuch 14, 2014, 251, 272 ff; aA Herzig, Medienprivileg nach § 48 DSG und nach Art 9 der Datenschutzrichtlinie: Eine Case Study zur richtlinienkonformen Auslegung des österreichischen Datenschutzrechts, in: Jahnle [Hrsg.], Datenschutzrecht - Jahrbuch 14, 2014, 281, 284 ff.). Selbst bei einem (allenfalls unionsrechtlich gebotenen, vgl. EuGH 16.12.2008, Rs. C-73/07, Tietosuojaalvautettu) weitgehenden Anwendungsbereich des § 48 DSG 2000 erfasst das darin normierte Medienprivileg - wie auch der Vertreter der Bundesregierung in der mündlichen Verhandlung darlegte - nicht alle Fälle der von Art 10 EMRK geschützten Kommunikations- und Informationsfreiheit.



Es gibt daher Fallkonstellationen, in denen - mangels Anwendbarkeit des § 48 DSG 2000 - das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 ausgeübt werden kann und eine unbedingte Lösungsverpflichtung des Auftraggebers bewirkt, obwohl Art 10 EMRK die Durchführung einer Interessenabwägung gebietet.

2.2. Ungeachtet der im (weiteren) gerichtlichen Verfahren zu entscheidenden Frage, ob das Medienprivileg des § 48 DSG 2000 im konkreten Fall zur Anwendung kommt, kann § 48 DSG 2000 bei einer im Gesetzesprüfungsverfahren gebotenen abstrakten Beurteilung durch den Verfassungsgerichtshof die Verfassungswidrigkeit des angefochtenen § 28 Abs 2 DSG 2000 nicht beseitigen. Angesichts des Ergebnisses, dass § 28 Abs 2 DSG 2000 gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art 10 EMRK verstößt, erübrigt sich ein Eingehen auf die Frage, ob auch die Bedenken der antragstellenden Gesellschaft gegen die angefochtene Bestimmung in Bezug auf den Gleichheitsgrundsatz zutreffen.

## **Anmerkung\***

### **I. Das Problem**

Im Anlassverfahren vor dem LGfZRS Wien klagte die später mitbeteiligte Partei die Betreiberin des Internetportals [www.docfinder.at](http://www.docfinder.at), einer Ärztebewertungsplattform, in dem die in Österreich praktizierenden Ärzte ua mit Namen, Praxisadresse- und Telefonnummer, Vertragskassen und Ordinationszeiten verzeichnet sind. Der dortige Kläger verlangte die Löschung der ihn betreffenden, näher bezeichneten Daten und stützte sich auf sein Widerspruchsrecht nach § 28 Abs 2 DSG 2000. Das Zivilgericht I. Instanz gab der Unterlassungs- und Löschungsklage nach §§ 28 Abs 2 iVm 32 Abs 2 DSG 2000 statt und lehnte eine Anwendung des § 48 DSG 2000 auf die Portalbetreiberin ab. Diese erhob daraufhin Berufung an das OLG Wien und brachte am gleichen Tag einen sog Parteiantrag auf Normenkontrolle („Gesetzesbeschwerde“) beim VfGH wegen Verstoßes gegen die Meinungsfreiheit nach Art 10 MRK sowie den Gleichheitssatz ein.

Die VerfassungsrichterInnen hatten sich mit einer allfälligen Verfassungswidrigkeit der für den Anlassfall präjudiziellen Widerspruchsregelung des § 28 Abs 2 DSG 2000 zu befassen, die wörtlich lautet: „Gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung kann der Betroffene jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben. Die Daten sind binnen acht Wochen zu löschen.“

### **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Der VfGH hob diese Bestimmung nun als verfassungswidrig auf, da sie in die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit des Art 10 MRK eingreift. Der Schutz des Betroffenen würde zwar ein legitimes Ziel iSv Art 10 Abs 2 MRK verfolgen, jedoch fehlte in § 28 Abs 2 DSG 2000 – anders als in § 28 Abs 1 leg cit – jegliche Interessenabwägungsmöglichkeit; dies auch unterschiedslos, egal, ob es sich um die Aufnahme in ein öffentlich zugängliches Telefon- oder Adressverzeichnis oder eine kritische Auseinandersetzung mit der Tätigkeit eines namentlich genannten Politikers auf einer Internetseite handeln würde.<sup>1</sup> Demzufolge wäre der in § 28 Abs 2 DSG 2000 normierte Eingriff in das Grundrecht der Kommunikationsfreiheit unverhältnismäßig. Daran ändert auch der Hinweis der mitbeteiligten Partei sowie der Bundesregierung auf § 48 DSG 2000 nichts.

---

\* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), ist gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

<sup>1</sup> Rz 42 des Urteils.

Der VfGH überließ nämlich die Beurteilung des Anwendungsbereiches dieses Medienprivilegs den Zivilgerichten des Anlassverfahrens und zog sich auf die im Gesetzesprüfungsverfahren gebotene abstrakte Beurteilung zurück.<sup>2</sup> Als Frist für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesbestimmung bestimmte der VfGH den 31. 12. 2016.

### III. Kritische Würdigung und Ausblick

Dem vorliegenden Erkenntnis ist im Ergebnis zuzustimmen, teilt doch der VfGH die in der Lehre nahezu einhellig Auffassung einer Konventionswidrigkeit des „begründungslosen Widerspruchsrechts“ des § 28 Abs 2 DSG 2000.<sup>3</sup> Positiv hervorzuheben ist die Wirksamkeit des – zT heftig kritisierten – Gesetzesbeschwerderechts für Parteien im Zivilverfahren. Ohne die Einführung des Parteiantrags auf Normenkontrolle nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG iVm § 528b ZPO<sup>4</sup> wäre die nunmehr relativ rasch – binnen 6 Monaten nach Einbringung der Berufung – erfolgte Klärung der Verfassungsrechtslage wohl (überhaupt) ausgeblieben.<sup>5</sup>

Kritisch anzumerken sind die etwas kryptisch anmutenden Ausführungen der VerfassungshüterInnen in Rz 47 ihres Urteils: „*Es gibt daher Fallkonstellationen, in denen – mangels Anwendbarkeit des § 48 DSG 2000 – das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 2 DSG 2000 ausgeübt werden kann und eine unbedingte Lösungsverpflichtung des Auftraggebers bewirkt, obwohl Art 10 EMRK die Durchführung einer Interessenabwägung gebietet.*“ Das mag zutreffen, doch kann sich der aufmerksame Rechtsanwender von einem Höchstgericht durchaus eine zumindest beispielhafte Nennung dieser denkmöglichen Fälle erwarten. Dies umso mehr, als der VfGH nicht verkannt hat, „dass die Aufnahme personenbezogener Daten in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung für den Betroffenen, der diese Art der Verwendung nicht zumindest duldet, einen schweren Eingriff in seine Interessen darstellen kann“. Allerdings kann der Betroffene mit der Ausübung des Widerspruchsrechts „jede Art der fortgesetzten Zugänglichmachung von Information in einer öffentlichen Datenanwendung in Zusammenhang mit seiner Person unterbinden, ganz unabhängig davon, ob es sich dabei etwa um Angaben zur Person des Betroffenen, zu seinen Lebensumständen, seinem persönlichen Hintergrund oder seiner beruflichen Tätigkeit, oder ob es sich etwa um Fakten, um Tatsachenbehauptungen oder um Werturteile über den Betroffenen handelt“.<sup>6</sup> Zu beachten ist, dass es sich dabei um personenbezogene Daten handeln muss.

**Ausblick:** Ein Ausblick sei abschließend gestattet: Für das nunmehr im Berufungsstadium weiter zu führende Anlassverfahren geht es nicht um eine außerhalb des § 48 DSG 2000 liegende Fallkonstellation. Dass die Portalbetreiberin – bei unionsrechtskonformer Auslegung – sich auf die zitierte Vorschrift berufen können muss, ist längst überzeugend dargelegt worden.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Rz 48 des Urteils.

<sup>3</sup> Vgl statt vieler *Jahnel*, Entscheidungsanmerkung zu OLG Linz 16.7.2009, 3 R 101/09g, jusIT 2010/13, 26.

<sup>4</sup> Vgl BGBl I 114/2013 und I 92/2014.

<sup>5</sup> Krit zu dieser Rechtsschutzlücke bereits *Koukal*, Widerspruchsrecht – Kleine Änderung, große Wirkung, MR 2009, 363 ff.

<sup>6</sup> Rz 42 des Urteils.

<sup>7</sup> *Herzig*, „Medienprivileg“ nach § 48 DSG und nach Art 9 der Datenschutzrichtlinie: Eine Case Study zur richtlinienkonformen Auslegung des österreichischen Datenschutzrechts, in *Jahnel* (Hrsg), *Datenschutzrecht. Jahrbuch 2014* (2014) 281, 283 ff; *Jahnel*, Publizistische Tätigkeit und Datenschutzrecht, in *Jahnel* (Hrsg), *Datenschutzrecht und E-Government Jahrbuch 2009* (2009) 79; *Berka*, Welchen Beitrag leistet das Datenschutzrecht zum Persönlichkeitsschutz? In *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg), *Persönlichkeitsschutz in elektronischen Massenmedien* (2012) 79, 83 ff; *Berthou*, § 48 DSG – Datenschutz vs Medienfreiheit im unionsrechtlichen Kontext, jusIT 2013/7, 11 [14] hält demgegenüber eine richtlinienkonforme Interpretation von § 48 DSG 2000 für ausgeschlossen und gelangt zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 9 DSRL; ebenso *Rami*, Österreichische Medienprivilegien unter den Messern des EuGH und des EGMR, ÖJZ 2015, 533 (534); *aA Thiele*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 15.12.2014, 6 Ob 6/14x, jusIT 2015/48, 118 f.

Die Aufgabe für das OLG Wien ist durch diese Aufhebung keinesfalls einfacher geworden. Der „Freibrief“ einer Löschung zugunsten des Klägers ist zwar weggefallen, jedoch bedeutet dies keineswegs einen automatischen Erfolg für die Beklagte. Die konkrete Interessenabwägung muss letztlich auf Grundrechtsebene vorgenommen werden. Dabei stehen einander primär die Meinungsfreiheit nach Art 10 MRK bzw 11 GRC auf der beklagten Seite und das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 Abs 2 DSG 2000 sowie Art 8 GRC gegenüber. Die Straßburger Judikatur<sup>8</sup> hat nämlich wiederholt festgehalten, dass die Rechte und Interessen Anderer und der Gesellschaft als Ganze es den Vertragsstaaten erlauben, unter bestimmten Bedingungen dem Betreiber eines Internet (News)-Portals die Verbreitung personenbezogener Daten zu untersagen. Der Geheimnisschutz des Klägers kann nämlich durchaus das Interesse der breiten Öffentlichkeit daran, die Information bei einer anhand des Namens der betroffenen Person durchgeführten Suche zu finden, überwiegen.<sup>9</sup> Eine besondere Prominenz des Klägers oder rechtfertigende historische oder wissenschaftliche Gründe seiner namentlichen Nennung im Ärztesuchportal der Beklagten sind nicht zu erkennen. Entscheidend wird daher sein, in welchem Umfang, d.h. für welche im Portal über den Kläger enthaltenen Daten exakt die Unterlassungs- und Lösungsverpflichtung gilt und für welche eben ein überwiegendes Veröffentlichungsinteresse besteht.<sup>10</sup>

#### **IV. Zusammenfassung**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der VfGH bei der im Gesetzesprüfungsverfahren gebotenen abstrakten Betrachtungsweise den durch § 28 Abs 2 DSG 2000 ermöglichten Eingriff in das Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit wegen fehlender Interessenabwägung für unverhältnismäßig und damit für verfassungswidrig hält. Die Aufhebung per 31. 12. 2016 ist bereits kundgemacht.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl EGMR 19.11.2013, Bsw 16248/10 (Anttila gg. Finnland/Satamedia II); 16.6.2015, 64569/09 (Delfi AS/Estland), jusIT 2015/68, 176 (*Kettemann*) und 21.7.2015, 931/13 (Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia/Finnland).

<sup>9</sup> Vgl auch EuGH 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain), Rz 97 = jusIT 2014/53, 111 = ZIR 2014, 204 (*König*).

<sup>10</sup> Vgl EuGH 13. 5. 2014, C-131/12 (Google Spain und Google), Rz 81 = jusIT 2014/53, 111 = ÖJZ 2014/100, 690 (*Lehofer*) = MR-Int 2014, 7 (*Briem*) = ZIR 2014, 204 (*König*); differenzierend auch OGH 12.4.2011, 4 Ob 3/11m (Der Deal/Komplettes Tagebuch) = ecolex 2011/363, 931 (*Tonninger*) = jusIT 2011/61, 131 (*Thiele*) = ÖBf 2011/56, 232 (*Büchele*) = SZ 2011/47.

<sup>11</sup> BGBf I 132/2015.