



# DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die datenschutzrechtliche Zustimmung“

Verfasser

Mag. iur. Sebastian Reimer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Univ. Prof. Dr. Günther Winkler







**Für David**



# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	X
1. Einleitung.....	20
1.1. Motiv dieser Arbeit.....	20
1.2. Fälle aus der Praxis.....	21
1.3. Systematische Einordnung und Bedeutung der datenschutzrechtlichen Zustimmung.....	24
1.4. Mögliche Beweggründe für die Verwendung von Zustimmungen.....	33
1.5. Ausblick auf die Problematik.....	35
2. Historische Entwicklung.....	38
2.1. Die Vorreiterrolle der EMRK.....	38
2.2. Entwicklung des österreichischen Datenschutzrechts.....	40
2.3. Entwicklung der datenschutzrechtlichen Zustimmungsregelungen.....	41
2.4. Die Selbstbestimmung im Wandel des Datenschutzrechts.....	42
3. Rechtsgrundlagen der Zustimmung.....	44
3.1. Auf europäischer Ebene.....	44
3.2. Auf nationaler Ebene.....	50
4. Das Grundrecht auf Datenschutz.....	52
4.1. Der Datenbegriff des Grundrechts auf Datenschutz.....	53
4.2. Gründe für die Regelung als Grundrecht.....	54
4.3. Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung.....	57
4.4. Die unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz.....	63
4.5. Zustimmung als Grundrechtsverzicht – indisponible Bereiche des Grundrechts auf Datenschutz.....	73
4.6. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die drei Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000.....	82
4.7. Verhältnis der Eingriffsermächtigungen zueinander.....	113
4.8. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die Europäische Datenschutzrichtlinie.....	118
5. Rechtsnatur der Zustimmung.....	120
5.1. Unterscheidung der datenschutzrechtlichen Zustimmung von anderen Einwilligungen iwS.....	120
5.2. Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht.....	127
5.3. Rechtsgeschäftliche Einordnung.....	128

5.4. Zusammenfassung.....	133
6. Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmung nach § 4 Z 14 DSG 2000.....	134
6.1. Die Gültigkeit, insbesondere Zwangsfreiheit.....	134
6.2. Willenserklärung des Betroffenen.....	156
6.3. Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall.....	165
6.4. „Verwendung seiner Daten“.....	168
6.5. Judikatur des OGH zur datenschutzrechtlichen Zustimmung.....	168
6.6. Auswirkungen der neuen Bestimmungen des DSG 2000 auf die ältere Judikatur zu den Formerfordernissen.....	171
7. Die Zustimmung im privatrechtlichen Kontext.....	173
7.1. Zustimmung im Rahmen von Verträgen.....	174
7.2. Junktimierung von Zustimmungserklärungen mit anderen Vertragsteilen .....	177
7.3. Zustimmung und Stellvertretung.....	182
7.4. Die jederzeitige Widerrufbarkeit.....	188
8. Diskussion der Praxisfälle.....	195
8.1. Zustimmung als Voraussetzung für Leistung.....	195
8.2. Veröffentlichungen.....	206
8.3. Zustimmungen in Verhältnissen besonderer Über- und Unterordnung .....	206
9. Schlussteil.....	209
9.1. Zusammenfassung.....	209
9.2. Executive Summary.....	209
9.3. Akademischer Lebenslauf.....	210
10. Abkürzungsverzeichnis.....	212
11. Literaturverzeichnis.....	219
12. Judikaturverzeichnis.....	230
12.1. Judikatur ausländischer Behörden.....	230
12.2. Judikatur der Datenschutzkommission.....	230
12.3. Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	231
12.4. Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften.....	231
12.5. Judikatur des Obersten Gerichtshofs.....	231
12.6. Judikatur des Verfassungsgerichtshofs.....	234
12.7. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs.....	235



12.8. Judikatur sonstiger inländischer Behörden.....	236
13. Linkverzeichnis.....	237



## **INHALTSVERZEICHNIS**

Inhaltsverzeichnis.....	X
1. Einleitung.....	20
1.1. Motiv dieser Arbeit.....	20
1.2. Fälle aus der Praxis.....	21
1.3. Systematische Einordnung und Bedeutung der datenschutzrechtlichen Zustimmung.....	24
1.3.1. Das Grundrecht auf Datenschutz als Persönlichkeitsrecht und verfassungsgesetzlich gewährleistetes subjektives Recht.....	24
1.3.2. Zum Begriff des Persönlichkeitsrechts.....	25
1.3.3. Der Unterschied zwischen Person und Persönlichkeit.....	25
1.3.4. Zum Begriff des subjektiven Rechts.....	27
1.3.5. Zum Begriff des höchstpersönlichen Rechts.....	28
1.3.6. Die „natürliche Freiheit“.....	32
1.4. Mögliche Beweggründe für die Verwendung von Zustimmungen.....	33
1.5. Ausblick auf die Problematik.....	35
1.5.1. Wann sind Willenserklärungen (Zustimmungen) frei von Zwang?.....	36
1.5.2. Wie können abstrakte Grundrechtsbestimmungen möglichst objektiv konkretisiert werden?.....	36
1.5.3. Wie können Interessenabwägungen objektiviert werden?.....	37
2. Historische Entwicklung.....	38
2.1. Die Vorreiterrolle der EMRK.....	38
2.2. Entwicklung des österreichischen Datenschutzrechts.....	40
2.3. Entwicklung der datenschutzrechtlichen Zustimmungsregelungen.....	41
2.4. Die Selbstbestimmung im Wandel des Datenschutzrechts.....	42
3. Rechtsgrundlagen der Zustimmung.....	44
3.1. Auf europäischer Ebene.....	44
3.1.1. Die zustimmungsrelevanten Bestimmungen der Datenschutzricht- linie.....	44
3.1.2. Gedanken zur österreichischen Umsetzung.....	46
3.1.3. Die Umsetzung in anderen Mitgliedstaaten.....	48
3.2. Auf nationaler Ebene.....	50
4. Das Grundrecht auf Datenschutz.....	52
4.1. Der Datenbegriff des Grundrechts auf Datenschutz.....	53
4.2. Gründe für die Regelung als Grundrecht.....	54

4.3. Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung.....	57
4.3.1. Allgemeines zur Bestimmung des Regelungsinhaltes von Grundrechten.....	58
4.3.2. Die Bestimmung des Regelungsinhaltes im Bereich des Grundrechts auf Datenschutz.....	59
4.3.3. Wechselwirkung mit anderen Grundrechten.....	62
4.4. Die unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz.....	63
4.4.1. Allgemeines zur Drittwirkung.....	63
4.4.2. Mittelbare und unmittelbare Drittwirkung.....	65
4.4.3. Auswirkungen der unmittelbaren Drittwirkung auf den materiellen Eingriffsvorbehalt des Grundrechts auf Datenschutz.....	66
4.4.4. Zusammenhang zwischen unmittelbarer Drittwirkung und Interessenabwägung.....	70
4.4.4.1. Gleichklang von Rang und Bedeutung im Zuge der Interessenabwägung.....	71
4.4.4.2. Mittelbare Ausdehnung der Drittwirkung auf andere Grundrechte über die Interessenabwägung.....	71
4.4.5. Auswirkungen der unmittelbaren Drittwirkung auf die Beachtlichkeit von Willensmängeln.....	72
4.5. Zustimmung als Grundrechtsverzicht – indisponible Bereiche des Grundrechts auf Datenschutz.....	73
4.5.1. Zur Verzichtbarkeit von Grundrechten.....	74
4.5.2. Zur Verzichtbarkeit im Datenschutzrecht.....	75
4.5.3. Argumente für die Beschränkbarkeit der Zustimmungsbefugnis dh für die Zulässigkeit absoluter Verwendungsverbote.....	76
4.5.4. Argumente für die Unbeschränkbarkeit der Zustimmungsbefugnis dh gegen die Zulässigkeit absoluter Verwendungsverbote.....	77
4.5.5. Conclusio.....	81
4.6. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die drei Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000.....	82
4.6.1. Eingriffe zur Wahrung lebenswichtiger Interessen.....	86
4.6.1.1. Zum Begriff des lebenswichtigen Interesses.....	86
4.6.1.2. Lebenswichtige Interessen Anderer.....	87
4.6.2. Eingriffe mit Zustimmung des Betroffenen.....	89
4.6.2.1. Echte und unechte Zustimmungen.....	90
4.6.2.2. Pflicht zur Zustimmung.....	92
4.6.2.3. Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff.....	94
4.6.2.3.1. Verfassungskonformität des einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriffs.....	95
4.6.2.3.2. Unterscheidung der beiden Zustimmungsbegriffe.....	96
4.6.2.4. Zustimmung und Legalitätsprinzip.....	96
4.6.3. Eingriffe im überwiegenden berechtigten Interesse eines anderen	

.....	98
4.6.3.1. Bedeutung der Interessenabwägung für die Beurteilung von Zustimmungen.....	98
4.6.3.2. Zum Begriff des Interesses.....	100
4.6.3.3. Möglichkeiten zur Objektivierung von Interessenabwägungen .....	101
4.6.3.3.1. Das Auffinden von Interessenabwägungen in der Rechtsordnung.....	104
4.6.3.3.2. Beispiele für getroffene Interessenabwägungen.....	105
4.6.3.3.3. Bentham's Glücksrechnung als Möglichkeit zur Objektivierung von Interessenabwägungen.....	107
4.6.3.3.4. Die Feststellung der Eingriffsfolgen als Möglichkeit zur Objektivierung von Interessenabwägungen.....	109
4.6.3.3.5. Einwände gegen die Objektivierung von Interessenabwägungen.....	111
4.7. Verhältnis der Eingriffsermächtigungen zueinander.....	113
4.7.1. Die Kombination von Eingriffsermächtigungen insbesondere bei unvollständig erfüllten Eingriffstatbeständen.....	114
4.7.2. Ermächtigungsinterner Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen....	114
4.7.3. Ermächtigungsübergreifender Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen.....	116
4.7.4. Rangfolge der Eingriffsermächtigungen bei der rechtlichen Beurteilung.....	117
4.8. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die Europäische Datenschutzrichtlinie.....	118
5. Rechtsnatur der Zustimmung.....	120
5.1. Unterscheidung der datenschutzrechtlichen Zustimmung von anderen Einwilligungen iwS.....	120
5.1.1. Unterscheidung von Einwilligung, Zustimmung und Verzicht.....	120
5.1.2. Unterschiedliche Zustimmungen im DSG 2000.....	122
5.1.3. Einwilligungen im Strafrecht.....	125
5.2. Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht.....	127
5.3. Rechtsgeschäftliche Einordnung.....	128
5.3.1. Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Willenserklärung.....	130
5.3.2. Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Willensbetätigung.....	130
5.3.3. Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Realakt.....	131
5.4. Zusammenfassung.....	133
6. Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmung nach § 4 Z 14 DSG 2000.....	134



7.3.1. Argumente gegen die Stellvertretung bei der Zustimmung.....	182
7.3.2. Argumente für die Stellvertretung bei der Zustimmung.....	183
7.3.3. Conclusio.....	184
7.3.4. Zustimmung durch einen Stellvertreter.....	185
7.3.5. Zustimmung durch einen gesetzlichen Vertreter.....	185
7.3.5.1. Altersgrenzen bei der gesetzlichen Stellvertretung Minderjähriger.....	186
7.3.5.2. Berücksichtigung des Kindeswillen.....	188
7.4. Die jederzeitige Widerrufbarkeit.....	188
7.4.1. Funktion der jederzeitigen Widerrufbarkeit.....	190
7.4.2. Wirkungen eines Widerrufs.....	191
7.4.2.1. Widerrufswirkungen bei echten Zustimmungen.....	192
7.4.2.2. Widerrufswirkungen bei unechten Zustimmungen.....	194
8. Diskussion der Praxisfälle.....	195
8.1. Zustimmung als Voraussetzung für Leistung.....	195
8.1.1. Zustimmung zur Datenverwendung bei der Vergabe von Förderungen (Fall c).....	195
8.1.1.1. Gesetzliche Grundlage gemäß § 1 Abs 2 DSGVO 2000.....	195
8.1.1.2. Interessenlage.....	195
8.1.2. Datenverwendung bei Onlineshops (Fall d).....	198
8.1.3. Inanspruchnahme behördlicher Serviceleistungen (Fall e).....	199
8.1.3.1. Gesetzliche Grundlage gemäß § 1 Abs 2 DSGVO 2000.....	199
8.1.3.2. Zwangsfreiheit.....	200
8.1.4. Verwendung von Gesundheitsdaten gemäß § 11a VersVG (Fall f) .....	200
8.1.4.1. Zur gesetzlichen Grundlage des § 11a VersVG.....	200
8.1.4.2. Zulässigkeit der Vertragsverweigerung durch den Versicherer .....	202
8.1.5. Zustimmung im Rahmen der Sicherheitsüberprüfung (Fall g)....	203
8.1.5.1. Unklare Zuordnung zu verfassungsgesetzlichen Eingriffsermächtigungen.....	203
8.1.5.2. Vorschlag einer legislativ klaren Regelung.....	204
8.1.6. Einbindung von Lebensläufen in wissenschaftliche Arbeiten (Fall k) .....	204
8.2. Veröffentlichungen.....	206
8.2.1. Veröffentlichung von Gesundheitsdaten durch Sportler selbst (Fall b).....	206
8.2.2. Veröffentlichung von Unterstützungserklärungen im Internet (Fall i) .....	206
8.3. Zustimmungen in Verhältnissen besonderer Über- und Unterordnung .....	206
8.3.1. Zustimmung im arbeitsrechtlichen Kontext (Fälle a und l).....	207

8.3.1.1. Überwachung im Arbeitsverhältnis (Fall a).....	207
8.3.1.2. Die Verwendung sensibler Daten im Arbeitsverhältnis (Fall I) .....	208
9. Schlussteil.....	209
9.1. Zusammenfassung.....	209
9.2. Executive Summary.....	209
9.3. Akademischer Lebenslauf.....	210
10. Abkürzungsverzeichnis.....	212
11. Literaturverzeichnis.....	219
12. Judikaturverzeichnis.....	230
12.1. Judikatur ausländischer Behörden.....	230
12.2. Judikatur der Datenschutzkommission.....	230
12.3. Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	231
12.4. Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften.....	231
12.5. Judikatur des Obersten Gerichtshofs.....	231
12.6. Judikatur des Verfassungsgerichtshofs.....	234
12.7. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs.....	235
12.8. Judikatur sonstiger inländischer Behörden.....	236
13. Linkverzeichnis.....	237







*„The right to be let alone is indeed the beginning of all freedom.“*

*(Louis Brandeis, Supreme Court Justice [1916 – 1939])*

*„Das Amtsgeheimnis ist nicht dazu da, dass es absolut bewahrt wird, sondern, dass man davon den richtigen Gebrauch machen kann...“<sup>1</sup>*

*(Günther Winkler, österreichischer Rechtswissenschaftler)*

*„Es ist eine Entartung und philosophisch-bürokratische Überhebung, wenn der Staat direkt das Sittliche verwirklichen will, was nur die Gesellschaft kann und darf.“<sup>2</sup>*

*(Jacob Burckhardt [1818 – 1897], schweizer Humanist und Kulturhistoriker)*

*„Any society that would give up a little liberty to gain a little security will deserve neither and lose both.“*

*(Benjamin Franklin [1706 – 1790], amerikanischer Staatsmann, Erfinder, Gelehrter)*

*„... eine gewisse Verschwendung ist überall der Preis der Freiheit...“<sup>3</sup>*

*(Friedrich August von Hayek [1899 – 1992], österreichischer Ökonom)*

*„Sie sahen, daß nach eines Mannes Willen zu leben, die Ursache des Elends Aller wurde. Das zwang sie, zu Gesetzen zu greifen, in denen Alle ihre Pflichten im voraus sehen und die Strafen für ihre Übertretung erkennen konnten.“<sup>4</sup>*

*(Richard Hooker [1554 – 1600], anglikanischer Theologe)*

---

1 Winkler, Uni Wien im Gespräch vom 3. August 2006.

2 Burckhardt, Weltgeschichtliche Betrachtungen (1935) 38.

3 Hayek, Die Verfassung der Freiheit<sup>2</sup> (1983) 159.

4 Zitat entnommen aus Hayek, Verfassung 159.



# 1. EINLEITUNG

## 1.1. Motiv dieser Arbeit

Es ist bedauerlicherweise eine vom „Recht des Stärkeren“ getragene Tendenz im Datenschutzbereich zu erkennen, die Grundrechtsträger zur Aufgabe ihrer Rechtspositionen mehr oder weniger sanft zu drängen. Die Argumentationslinien verlaufen dabei durchaus parallel: entweder auf eine grundsätzliche Hinterfragung des Grundrechts auf Datenschutz<sup>5</sup> oder auf das Überwiegen anderer rechtlicher Interessen<sup>6</sup> zielend.

Die dem Grundrechtsträger de iure zugestandene Selbstbestimmung ist in der Praxis selten wirkungsvoll geschützt, da ihre Inanspruchnahme oftmals nach dem Motto: „*Wer sich ordentlich verhält, hat nichts zu verbergen*“ gedeutet wird. Dabei wird hier außer Acht gelassen, dass Wohlverhalten der Subjektivität eben der Personen unterliegt, die darüber zu befinden haben. Je weiter die Befugnisse dieser Personen gehen und je weiter die Kontrollen in den höchstpersönlichen Bereich<sup>7</sup> einbrechen, desto größer wird die Unsicherheit und somit die Beeinträchtigung der nach ihrem Verhalten zu Beurteilenden. Individualität, Unangepasstheit sowie die Möglichkeit zur Entfaltung eigenen, kritischen Denkens, das nicht nur aber vor allem für eine lebendige Demokratie und einen funktionierenden Rechtsstaat entscheidend ist, werden bedroht von der Angst vor möglicher negativen Beurteilung. Die Freiheit der Grundrechtsträger<sup>8</sup> ua auch von

---

5 „Datenschutz ist Täterschutz.“ oder „*Wer sich ordentlich verhält, hat nichts zu verbergen.*“ sind nur zwei Beispiele von landläufig gebrauchten Totschlagargumenten (vgl stellvertretend für viele: *Simitis*, „Datenschutz = Terroristenschutz? Unsinn!“ in *Die Zeit*, 41/2001).

6 Wie etwa des Eigentumsrechts das als umfassend und daher auch die Kontrolle beispielsweise der Arbeitnehmer begründend angesehen wird (*Tomandl*, Rechtsprobleme bei der Einführung und Anwendung von Kontrollmaßnahmen, ZAS 1982, 163).

7 Vor diesem Hintergrund erscheinen auch strenge Kontrollmaßnahmen, die von staatlicher Seite durchgeführt werden – wie etwa die Einführung biometrischer Pässe – bedenklich im Hinblick auf das demokratische Prinzip (Art 1 B-VG).

8 Zur Bedeutung der Selbstbestimmung für den Einzelnen und seine Entwicklung sei insbesondere auf *Peter*, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, Diss Uni Zürich (1994) 12 ff verwiesen. Zum liberalen Grundrechtsverständnis allgemein siehe insbesondere *Lehne*, Grundrechte achten und schützen? – Liberales Grundrechtsverständnis 1849, JBI 1985, 129, 216; *ders*, Grundrechte achten und schützen? – 1862 und 1867, JBI 1986, 341, 424; *Loebenstein*, Die Zukunft der Grundrechte,

dieser Angst ist das Schutzgut des Grundrechts auf Datenschutz. Anders als der Name vermuten lässt, sind also nicht die Daten primäres Schutzgut des Grundrechts auf Datenschutz, sondern ist es die Freiheit jedes Einzelnen, dessen Daten geschützt werden. Die Geheimhaltung personenbezogener Daten – insbesondere von sensiblen Daten - schränkt die Möglichkeit Dritter ein, Betroffene mit für sie unangenehmen Tatsachen zu konfrontieren. Die potentielle Bedrohung, die von den gesammelten Daten für einen Betroffenen ausgehen kann, wird anschaulich mit dem Begriff des Datenschattens umschrieben. Die Bedrohung besteht vor allem in der Beugung des Willen des Betroffenen sowie in dem Verlust von Chancen für den Betroffenen. Wer mit unangenehmen Tatsachen konfrontiert wird, wird – ungeachtet ihres Wahrheitsgehalts – schneller und eher bereit sein auf seine Rechte zu verzichten.

Ziel dieser Arbeit ist einerseits aufzuzeigen wie und wodurch die Freiheit der Betroffenen üblicherweise beschränkt wird. Andererseits sollen neue Wege gefunden werden, zulässige von unzulässigen Einwirkungen auf den Betroffenen zu unterscheiden, wenn dieser eine Zustimmungserklärung abgibt.

## **1.2. Fälle aus der Praxis**

Die zunehmende Bedeutung der elektronischen Datenverarbeitung (EDV) führt auch zu einer verstärkten Verwendung datenschutzrechtlicher Zustimmungen. Zur besseren Veranschaulichung der damit verbundenen juristischen Probleme werden eingangs Fälle aus der Praxis angeführt, die im weiteren Verlauf der Arbeit erst theoretisch und abschließend konkret behandelt werden sollen:

- (a) „freiwillige Anerkenntnis“ von Internetpolicies durch den Arbeitnehmer, in denen sich der Arbeitnehmer einverstanden erklärt, dass seine Internetkommunikation überwacht wird;
- (b) Abhaltung einer Pressekonferenz, in der Sportler über ihren Gesundheitszustand sprechen;
- (c) Vergabe von Landesförderungen<sup>9</sup> unter der Voraussetzung, dass die Förderungsnehmer einer namentlichen Veröffentlichung von Zweck, Art und Höhe

---

JBI 1986, 137.

9 Vgl Allgemeine Förderungsrichtlinien des Landes Oberösterreich, im Internet zu finden unter [http://www.land-oberoesterreich.gv.at/cps/rde/xchg/SID-3DCFCFC3-9F0E9AF2/ooe/hs.xsl/16573\\_DEU\\_HTML.htm](http://www.land-oberoesterreich.gv.at/cps/rde/xchg/SID-3DCFCFC3-9F0E9AF2/ooe/hs.xsl/16573_DEU_HTML.htm) (3.6.2007).

- der erhaltenen Förderung zustimmen;
- (d) Einwilligung in die Datenverwendung bei Onlineshops;
  - (e) Inanspruchnahme behördlicher Serviceleistungen – etwa der Studienbeihilfenbehörde, bei der der aktuelle Bearbeitungsstatus eines Antrags vom Antragsteller online abgefragt werden kann oder der Abfrage von Standarddokumenten (§§ 16 ff E-GovG) oder der Eintragung ins Ergänzungsregister bzw als Kunde eines elektronischen Zustelldienstes<sup>10</sup>;
  - (f) Zustimmung zur Verwendung von Gesundheitsdaten durch private Versicherungsunternehmen (§ 11a VersVG) unter Androhung des Entfalls des Versicherungsschutzes bei Zustimmungsverweigerung;<sup>11</sup>
  - (g) Einwilligung eines Bediensteten des Bundes sich gemäß § 55 ff SPG einer Sicherheitsüberprüfung zu unterziehen;
  - (h) an den Betroffenen gerichtete Aufforderung des Gerichts zur Preisgabe von Daten – sollte diese nicht erfolgen, würde das Gericht diese Weigerung

---

10 Durch das Bundesgesetz, mit dem ein E-Government-Gesetz erlassen wird sowie das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, das Zustellgesetz, das Gebührengesetz 1957, das Meldegesetz 1991 und das Vereinsgesetz 2002 geändert werden, BGBl I Nr 10/2004 (im Folgenden kurz als *E-Government-Novelle* bezeichnet) erfolgte eine Wiederbelebung der (datenschutzrechtlichen) Zustimmung. Der elektronische Rechtsverkehr mit Behörden beruht grundsätzlich auf Freiwilligkeit, was § 1 Abs 1 E-GovG (Art 1 der E-Government-Novelle) mit der „*grundsätzliche[n] Wahlfreiheit zwischen Kommunikationsarten*“ verdeutlicht. Datenschutzrechtlich interessanter sind aber die Bestimmungen des § 6 Abs 4 E-GovG über die Eintragung in das Ergänzungsregister, der §§ 16ff E-GovG über den elektronischen Datennachweis (im Begutachtungsentwurf, [http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXII/ME/ME\\_00069/fname\\_000000.pdf](http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXII/ME/ME_00069/fname_000000.pdf) [9.11.2009] noch Standarddokumentenregister genannt) und des § 28 Abs 1 Z 1 iVm § 30 Abs 3 ZustellG, wonach elektronische Zustelldienste – auf Grund der vertraglichen Beziehung zu ihren Kunden – bestimmte Daten verwenden dürfen.

11 Man kann angesichts dieser Beispiele nur hoffen, dass es beispielsweise für den Bereich der Lebens- und Zusatzversicherungen nicht zu ähnlichen Fällen kommt, wie im Schwarzbuch Markenfirmen (*Werner/Weiss*, Schwarzbuch Markenfirmen – Die Machenschaften der Weltkonzerne<sup>3</sup> [2001] 104) für die Medikamententests in Ungarn beschrieben. Demnach werden die schriftlichen Zustimmungen zur Teilnahme an den Tests entweder von den Patienten oder den Angehörigen eingeholt. Gewisse Begünstigungen – wie etwa die Verlegung von der geschlossenen in die offene Abteilung – werden dabei von der „freiwilligen“ Teilnahme an bestimmten Testreihen abhängig gemacht. Warum hier doch eine Beeinträchtigung des freien Willens vorliegt, obwohl eine Verbesserung der Entscheidungssituation grundsätzlich keinen Zwang darstellt, ist unten in Kap 6.1.2, Arten des Zwangs – Unterscheidung nach der Ursache 139 erläutert.

„entsprechend würdigen“<sup>12</sup>;

- (i) Veröffentlichung von Unterstützungserklärungen im Internet ([www.hundekot.at](http://www.hundekot.at), [www.zeichensetzen.at](http://www.zeichensetzen.at));
- (j) mit der Benützung einer Website<sup>13</sup> wird die Zustimmung zu einer Datenschutzerklärung<sup>14</sup> unterstellt, in der ua die Übermittlung von Daten in die USA angeführt wird;
- (k) Pflicht zur Einbindung des wissenschaftlichen Lebenslaufs in Dissertationen der Universität Wien<sup>15</sup>;
- (l) Aufforderung des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer bei Krankenstand ihre Diagnose offenzulegen, wobei im Fall der Weigerung mit Kündigung gedroht wird<sup>16</sup>;
- (m) durchgängige Widerspruchsobliegenheit als Rechtsgrundlage für die Verwendung von Gesundheitsdaten im Rahmen der Elektronischen Gesundheitsakte (ELGA)<sup>17</sup>;

---

12 Röhssner, Aufkündigungsverfahren und Datenschutz (Die Verwendung personenbezogener Daten im Zivilprozess), immoex 2000, 349.

13 Vgl. <http://www.ebay.at> (12.1.2009), wo der Hinweis zu finden ist, dass man mit „der Benutzung dieser Seite [...] die eBay-AGB und die Datenschutzerklärung an[erkennt]“.

14 Vgl. <http://pages.ebay.at/help/policies/privacy-policy.html> (12.1.2009).

15 Verordnung über die Formvorschriften bei der Einreichung wissenschaftlicher Arbeiten, MBI 2007/226, 5. Punkt von Abschnitt I des Anhangs: im Internet zu finden unter [http://www.univie.ac.at/mtbl02/2006\\_2007/2006\\_2007\\_226.pdf](http://www.univie.ac.at/mtbl02/2006_2007/2006_2007_226.pdf) (11.9.2009).

16 News (Hrsg), Spitzelskandal bei den Bundesbahnen: Kranke wurden systematisch kontrolliert, News-Onlineausgabe vom 9. September 2009, [http://www.news.at/articles/0937/30/251208\\_s3/spitzelskandal-bundesbahnen-krank](http://www.news.at/articles/0937/30/251208_s3/spitzelskandal-bundesbahnen-krank) (29.11.2009).

17 Der IBM, Machbarkeitsstudie betreffend Einführung der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) im österreichischen Gesundheitswesen (2006) 64, [http://www.arge-elga.at/m/Machbarkeitsstudie\\_ELGA.PDF](http://www.arge-elga.at/m/Machbarkeitsstudie_ELGA.PDF) (29.11.2009) zu Folge soll dem „österreichischen Zugang zum Datenschutz [...] Rechnung getragen werden, in dem die Patienten ihre Zustimmung zur Teilnahme an ELGA erteilen, allerdings in einer administrierbaren Form, d.h. nicht im Einzelfall. Als Alternative wird daher ein durchgängiges Widerspruchsprinzip vorgeschlagen. Wegen der Abweichung zu den genannten legislatischen Grundlagen ist dies durch ein spezielles ELGA Gesetz zu regeln.“ Zur letzten Aussage, dass ein eigenes ELGA-Gesetz erforderlich sei, darf Folgendes angemerkt werden:

1) Man wird davon auszugehen müssen, dass ELGA genauso wenig zu hoheitlichen Zwecken verwendet werden wird, wie die heutige Gesundheitsversorgung zu hoheitlichen Zwecken erfolgt. Die überschaubaren Ausnahmen, in denen doch eine hoheitliche Verwendung von Gesundheitsdaten



(n) Pflicht zur Verwendung von Gesundheitsdaten im Rahmen von Anti-Doping-Maßnahme zuzustimmen<sup>18</sup>.

### **1.3. Systematische Einordnung und Bedeutung der datenschutzrechtlichen Zustimmung**

Die Entscheidung ob man der Verwendung seiner personenbezogenen Daten zustimmt oder nicht ist das Mittel zur Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts<sup>19</sup>. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht stellt einen Teil des in der österreichischen Rechtsordnung verankerten Persönlichkeitsschutzes dar<sup>20</sup>. Es wird daher im Folgenden der allgemeine Rahmen des Persönlichkeitsschutzes beleuchtet, um danach an die konkrete Problematik heranzuführen.

Sofern in dieser Arbeit bloß von der *Zustimmung* gesprochen wird, ist damit immer die *datenschutzrechtliche Zustimmung* gemeint.

#### **1.3.1. Das Grundrecht auf Datenschutz als Persönlichkeitsrecht und verfassungsgesetzlich gewährleistetes subjektives Recht**

Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers<sup>21</sup> des DSG ist das Grundrecht auf Datenschutz ein Persönlichkeitsrecht<sup>22</sup> iSd § 16 ABGB. Schon im Oktober 1978 – also

---

erfolgt, dienen vor allem der Ausbreitung ansteckender und gefährlicher Krankheiten und sind bereits heute spezialgesetzlich wie etwa im Epidemiegesetz geregelt. (Eine ausführliche Darstellung des Behördenbegriffs iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 findet sich in *Pürgy/Zavadil*, Die „staatliche Behörde“ im Sinne des § 1 Abs 2 DSG 2000 in *Bauer/Reimer* [Hrsg] Handbuch Datenschutzrecht [2009] 141 [147].)

2) Der gesetzliche Eingriffsvorbehalt, auf den in der Machbarkeitsstudie angespielt wird, findet nur auf hoheitliche Eingriffe Anwendung (Ausführlich begründet von *Pürgy/Zavadil* in *Bauer/Reimer* 144). Es ist daher – vorallem auch angesichts des Art 8 Abs 3 der Datenschutzrichtlinie sowie deren Umsetzung in § 9 DSG 2000 nicht von einem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für ELGA auszugehen, solange ELGA der Gesundheitsversorgung und nicht anderen Zwecken dient.

18 § 19 Abs 1 Z 8 Anti-Doping-Bundesgesetz 2007, BGBl I 2008/115.

20 VwGH 7.10.2003, 2002/01/0271: „schon allein das "behördliche" Anfertigen eines Fotos ohne Zustimmung des Abgebildeten [greift] in dessen Persönlichkeitsrechte ein“.

21 ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 50: „Klargestellt sei, daß die Bestimmungen des DSG im Einzelfall auch als Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB greifen können. Das Grundrecht auf Datenschutz wird im übrigen auch zu den – absolut geschützten – Persönlichkeitsrechten im Sinne des § 16 ABGB zu zählen sein.“

22 IdS auch *Evers*, Der Schutz des Privatlebens und das Grundrecht auf Datenschutz in Österreich,

über ein Jahr vor In-Kraft-Treten des DSG – hat der OGH<sup>23</sup> das Recht auf Geheimsphäre als angeborenes Recht im Sinne des § 16 ABGB bezeichnet. „Das DSG diene vor allem dem Schutz des Privat- und Familienlebens“<sup>24</sup> und „ist allein auf den Schutz des Betroffenen ausgerichtet.“<sup>25</sup>

### 1.3.2. Zum Begriff des Persönlichkeitsrechts

Gesetzlich verankert sind die Persönlichkeitsrechte schon seit Bestehen des ABGB und zwar in § 16 ABGB. Er lautet:

#### „Angeborene Rechte.

§ 16. Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.“

Nach *Bydlinski*<sup>26</sup> ist es das „*Urrecht, um die Würde eines vernünftigen, freihandelnden Wesens zu behaupten*“. Mit der hL kann man davon ausgehen, dass „*die Persönlichkeitsrechte dem unmittelbaren Schutz der menschlichen Person dienen*“<sup>27</sup>, indem „*sie ihre Achtung und Unversehrtheit sichern*“<sup>28</sup>. Um dem schwer fassbaren Begriff des Persönlichkeitsrecht vielleicht doch beizukommen, soll zuvor der Begriff der „(menschlichen) Person“ untersucht werden. Dazu ist es notwendig zwischen Persönlichkeit und Person zu unterscheiden.

### 1.3.3. Der Unterschied zwischen Person und Persönlichkeit

**Person im Sinne von Rechtssubjekt** bedeutet die Fähigkeit Träger von Rechten und Pflichten sein zu können. Das setzt nicht unbedingt eine natürliche Person voraus – Träger von Rechten und Pflichten kann auch eine juristische Person sein. Nach hL kommen auch juristischen Personen Persönlichkeitsrechte zu. Allerdings ist ihr Umfang ein unterschiedlicher, da auch die Persönlichkeit der beiden Personen eine

---

EuGRZ 1984, 281 (293).

23 OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78

24 OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h.

25 OGH 29.6.2006, 6 ObA 1/06z.

26 *F. Bydlinski*, Der Ersatz ideelen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBI 1965, 173.

27 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> (2007) 83; *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997) 64.

28 *Resch*, Einwilligung 64.

unterschiedliche ist. *Jellinek* hat sich in seinem opus magnum mit dem Begriff der Persönlichkeit auseinandergesetzt:

Die Persönlichkeit kein Recht – denn „[e]in Recht hat man, Persönlichkeit ist man“<sup>29</sup>. Vielmehr ist sie ein Zustand, „eine das Individuum qualifizierende Relation desselben zum Staate [...] ein Status<sup>2)</sup>, an den das einzelne Recht anknüpfen kann“<sup>30</sup>.

Demnach schafft der Staat die Persönlichkeit, denn „[e]in Wesen wird zur Persönlichkeit, zum Rechtssubjekt erhoben in erster Linie dadurch, dass der Staat ihm die Fähigkeit zuerkennt, seinen Rechtsschutz wirksam anzurufen.“<sup>31</sup> „Was man Persönlichkeit des Einzelnen nennt, sind die zu einer Einheit zusammengefassten, verschiedenartigen, von der Rechtsordnung anerkannten und verliehenen Fähigkeiten, die alle in der Möglichkeit bestehen, den Staat, beziehungsweise die Normen seiner Rechtsordnung im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen.“<sup>32</sup>

Der OGH sieht – im Zusammenhang mit § 87 UrhG – Persönlichkeit im weitesten Sinn als „Gefühlssphäre, geistige Interessen und äußere[n] Bereich der Persönlichkeit“ an.<sup>33</sup> Zum äußeren Bereich der Persönlichkeit zählt der OGH etwa die Minderung des Ansehens, die Rufschädigung<sup>34</sup> und den Körper<sup>35</sup>. Geschützt sind weiters die Intimsphäre<sup>36</sup> und die Freiheit von besonderer psychischer Belastung<sup>37</sup>. Auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, insbesondere gegenüber jugendlichen Lehrlingen, ist Ausdruck des Persönlichkeitsschutzes.<sup>38</sup> In Bezug auf Art 8 EMRK hat der OGH Folgendes festgehalten:

*„dazu [Anm: zur Persönlichkeit] gehören auch Beziehungen zu anderen Menschen, insbesondere auch solche sexueller Natur. Das Recht auf Achtung des Privatlebens umfaßt danach also ua die Freiheit des einzelnen, seiner sexuellen Orientierung entsprechend zu leben, manifestiert sich doch die Einzigartigkeit jedes Menschen*

29 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892) 79.

30 *Jellinek*, System 78.

31 *Jellinek*, System 77.

32 *Jellinek*, System 53.

33 OGH 23.11.1999, 4 Ob 262/99d.

34 OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x.

35 OGH 29.6.1995, 15 Os 82/95.

36 OGH 26.2.1996, 4 Ob 1009/96.

37 OGH 26.7.2006, 3 Ob 116/05p.

38 OGH 17.3.2004, 9 ObA 143/03z.

*nicht nur in seiner weltanschaulichen und politischen Auffassung, sondern auch seiner Einstellung zur Transzendenz, seiner Geschlechtlichkeit, seiner Körperlichkeit, seiner Psyche und seinem Tod.*<sup>39</sup>

Die Bedeutung des Persönlichkeitsbegriffs liegt vor allem darin, dass sie eine Abgrenzung zum Staat schafft. *„Die Relation von Staat und Einzelpersonlichkeit ist derart, dass beide als complementäre Größen erscheinen.“*<sup>40</sup> Wo Persönlichkeitsrechte zugestanden werden, erkennt der Staat *„eine staatsfreie, d. h. seiner Herrschaft principiell entzogene Sphäre des Individuums an.“*<sup>41</sup> In dieser ist das Staatsmitglied – der Staatsbürger – Herr.

Bei Persönlichkeitsrechten handelt es sich um absolute Rechtsgüter.<sup>42</sup> Als solche genießen sie Schutz gegenüber jedermann.<sup>43</sup>

Selbstbestimmungsrecht und insbesondere Privatautonomie sind als Persönlichkeitsrechte zu qualifizieren.<sup>44</sup> *„Das Selbstbestimmungsrecht allgemein und speziell die Privatautonomie gehören zu den Kernbereichen, die rechtswirksames Handeln der Person überhaupt ermöglichen. Sie bilden [...] einen ganz zentralen Aspekt menschlicher Freiheit.“*<sup>45</sup>

#### 1.3.4. Zum Begriff des subjektiven Rechts

Nach *Jellinek*<sup>46</sup> ist das subjektive Recht *„das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse“*. *„Wille und Interesse oder Gut gehören [...] im Begriffe des Rechtes nothwendig zusammen. Nicht aber müssen der Träger des auf das Interesse gerichteten Willens und der Destinatär des Interesses identisch sein.“*<sup>47</sup>

In Österreich wird – im Gegensatz zu Deutschland – nicht von einem (exekutierbaren)

---

39 OGH 12.9.1996, 10 ObS 2303/96s.

40 *Jellinek*, System 81.

41 *Jellinek*, System 80.

42 *Resch*, Einwilligung 65.

43 *Resch*, Einwilligung 65.

44 *Resch*, Einwilligung 67.

45 *Resch*, Einwilligung 67.

46 *Jellinek*, System 42.

47 *Jellinek*, System 42.

allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausgegangen, sondern von einzelnen Persönlichkeitsrechten<sup>48</sup>, die aus der gesamten Rechtsordnung – wie zB § 16 ABGB<sup>49</sup> aber auch verfassungsrechtlichen Bestimmungen (zB Art 5 f StGG) – erfließen.

### 1.3.5. Zum Begriff des höchstpersönlichen Rechts

Nach der Judikatur des OGH<sup>50</sup> ist ein höchstpersönliches Recht „*ein Anspruch, wenn ein Inhalt durch die Person des Berechtigten bestimmt wird, sodaß durch den Wechsel dieser Person auch der Leistungsinhalt selbst eine Veränderung erfahren würde, wie etwa bei Arbeitsverträgen und Unterhaltsansprüchen. Daß der Anspruch mit dem Tod des Berechtigten oder bei Eintritt sonstiger Umstände erlischt, macht ihn noch nicht zu einem höchstpersönlichen*“. Der VwGH<sup>51</sup> hält die *untrennbare Verbindung mit dem Berechtigten* für wesentlich.

Kriterien für die Höchstpersönlichkeit sind die Unübertragbarkeit, die Unpfändbarkeit und die Unverpfändbarkeit<sup>52</sup>.

Nach Judikatur und Lehre gelten als höchstpersönliche Rechte:

1. die Rechte auf Leben<sup>53</sup>, körperliche Unversehrtheit<sup>54</sup>, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung<sup>55</sup>,
2. das Grundrecht auf Datenschutz<sup>56</sup>,
3. die Einwilligung einer Schwangeren zum Schwangerschaftsabbruch<sup>57</sup>,
4. das Asylrecht<sup>58</sup>,

---

48 Resch, Einwilligung 64.

49 Resch, Einwilligung 65.

50 OGH 14.12.1983, 1 Ob 675/83.

51 VwGH 28.4.2005, 2004/07/0196.

52 OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03m.

53 VwGH 26.1.2001, 2000/02/0340.

54 VwGH 26.1.2001, 2000/02/0340.

55 Alle genannten Rechte aufgezählt bei Köck, Inkonsistenzen im Strafdrohungssystem, ÖJZ 2001, 261 (263).

56 OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h.

57 OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z.

58 VwGH 96/01/0326.

5. das Entschlagungsrecht unmündiger Opfer gemäß § 152 Abs 1 Z 3 StPO<sup>59</sup>,
6. das Wiederkaufsrecht gemäß den §§ 1068 ff ABGB<sup>60</sup>,
7. die Erklärung des Einvernehmens gemäß § 55a Abs 1 EheG<sup>61</sup>,
8. Unterhaltsansprüche<sup>62</sup>,
9. die Streichung von einer Kandidatenliste<sup>63</sup>,
10. das Wohnungsrecht<sup>64</sup>,
11. Veräußerungs- und Belastungsverbote<sup>65</sup>,
12. die Beibehaltung der Staatsbürgerschaft<sup>66</sup>,
13. das Recht auf Gewährung von Sozial- bzw Behindertenhilfe<sup>67</sup>,
14. die Zulassung eines Fahrzeuges iSd SchiffahrtsG 1990<sup>68</sup>,
15. der Anspruch auf Feststellung der Beendigung eines vom Beschwerdeführer innegehabten Gemeinderatsmandats<sup>69</sup>,
16. die Erteilung eines Sichtvermerkes<sup>70</sup>,
17. die Aufnahme in eine Agrargemeinschaft<sup>71</sup>,
18. Lenkerberechtigungen nach dem KFG<sup>72</sup>,

---

59 OGH 3.7.1997, 15 Os 83/97.

60 OGH erstmals in 5 Ob 57/71 vom 24.3.1971, zuletzt in 3 Ob 77/02y vom 28.5.2003. *Koziol/Welser*, Grundriss I<sup>12</sup> 329.

61 OGH erstmalig in seiner Entscheidung 1 Ob 518/96 vom 26.3.1996, zuletzt bestätigt in seiner Entscheidung 5 Ob 94/05t vom 10.5.2005.

62 OLG Wien 19.7.1995, 7 Ra 57/95.

63 Zur Problematik im Rahmen einer Betriebsratswahl vgl OGH 5.12.1990, 9 ObA 230/90.

64 OGH erstmals in seiner Entscheidung 7 Ob 338/56 vom 4. Juli 1956, zuletzt in seiner Entscheidung 1 Ob 216/98s vom 27. Oktober 1998.

65 OGH erstmalig in 5 Ob 90/61 vom 22. März 1961, zuletzt in seiner Entscheidung vom 26. April 1994, 14 Os 174/93.

66 VwGH 28.6.2005, 2003/01/0542.

67 VwGH 28.2.2005, 2002/10/0218, VwGH vom 28.5.2002, 2000/11/0077.

68 VwGH 24.5.1995, 95/03/0014.

69 VwGH 15.12.1993, 93/01/0745.

70 VwGH 28.1.1991, 90/19/0265.

71 VwGH 23.10.1990, 87/07/0183.

19. Beschädigtenrenten nach dem KOVG<sup>73</sup>,
20. die Erlaubnis nach dem KrWG<sup>74</sup>,
21. das Recht auf Verlustabzug<sup>75</sup> oder
22. Gewerbe-<sup>76</sup> und Berufsausübungsrechte<sup>77</sup>.

Nicht als höchstpersönlichen Rechte werden angesehen:

1. die Betroffenenrechte gemäß DSG 2000 – wie etwa auch das Auskunftsrecht – gemäß Art 28 Abs 4 DS-RL<sup>78</sup>,
2. das dem Stifter einer Privatstiftung vorbehaltene Widerrufsrecht<sup>79</sup>,
3. Ansprüche aus einer Bankgarantie<sup>80</sup>,
4. Schmerzensgeldansprüche<sup>81</sup>,

72 VwGH 13.3.1990, 89/11/0277; 5.12.1984, 84/11/0048.

73 VwGH 27.6.1984, 84/09/0091.

74 VwGH 22.12.1978, 1521/78.

75 VwGH erstmals in seiner Entscheidung vom 5.10.1965, 1087/65.

76 VwGH erstmals in seiner Entscheidung vom 9.3.1949, 0691/48.

77 OGH 15.10.1992, 7 Ob 1618/92.

78 Art 28 Abs 4 DS-RL lautet: „(4) Jede Person oder ein sie vertretender Verband kann sich zum Schutz der die Person betreffenden Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten an jede Kontrollstelle mit einer Eingabe wenden. Die betroffene Person ist darüber zu informieren, wie mit der Eingabe verfahren wurde.“ Dies steht zwar im Widerspruch zu den Materialien des DSG 2000 (AB 2028 BlgNR 20. GP 3) wonach das Auskunftsrecht des Betroffenen ein höchstpersönliches Recht ist. Allerdings liegt es auf der Hand, dass die Bestimmung der Richtlinie einem Hinweis in den Materialien vorgeht. Wenn sogar ein Verband den Betroffenen vor der Kontrollstelle – das ist in Österreich die Datenschutzkommission – vertreten darf, dann darf dies viel mehr noch eine natürliche Person, die anders als ein Verband ihrerseits keines Vertreters bedarf.

79 OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03m.

80 OGH beginnend in 1 Ob 565/77 vom 4.5.1977, zuletzt in 6 Ob 703/89 vom 8.2.1990.

81 Der OGH hat diese zwar ursprünglich als höchstpersönliche Rechte gedeutet (OGH , 2 Ob 13/68), aber schon damals die Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter zugelassen. Seit OGH 30.9.1996, 6 Ob 2068/96b = SZ 69/217 werden sie allerdings nicht mehr als höchstpersönliche Rechte angesehen. „Der OGH begründet die Rechtsprechungswende (noch offen lassend SZ 64/51) im wesentl mit der EO-Novelle 1991, durch die va § 291 EO idF vor der EO-Novelle ersatzlos gestrichen wurde (SZ 69/217). [...] Zu diesem Ergebnis hätte man aber [nach Ansicht Reischauers] schon in wertungsmäßiger Einheit mit jüngeren Haftpflichtgesetzen, insb mit dem EKHG (§§ 12, 13), kommen müssen (s dazu die Vorauf!).“ (Reischauer in Rummel<sup>9</sup>, § 1325 Rz 51).

5. Unwirksamerklärung eines Adoptionsvertrags<sup>82</sup>,
6. Ansprüche auf Berufsunfähigkeitsrente aus der Versorgungseinrichtung einer Rechtsanwaltskammer<sup>83</sup> sowie
7. Rückübereignungsansprüche gemäß § 20a Abs 1 BStG<sup>84</sup>.

Der OGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung<sup>85</sup>, dass für höchstpersönliche Rechte die gesetzliche Vertretung ausgeschlossen ist. Folgte man der oben zitierten Ansicht der DSK, wonach das Grundrecht auf Datenschutz ein höchstpersönliches Recht sei, käme sohin eine Stellvertretung in Datenschutzangelegenheiten nicht in Frage. Dem Argument, dass eine derartige Auslegung unpraktikabel sei, kommt weit höheres rechtliches Gewicht zu, als dies auf den ersten Blick zu vermuten wäre. Ohne der normativen Kraft des Faktischen das Wort reden zu wollen, gibt es nämlich ein starkes rechtliches Argument, warum das Grundrecht auf Datenschutz entweder gar nicht als höchstpersönliches Recht oder zumindest als ein spezielles höchstpersönliches Recht angesehen werden sollte:

Mit der Eingriffsermächtigung des überwiegenden berechtigten Interesses hat der Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich anerkannt, dass andere Personen uU ein Recht auf die Verwendung personenbezogener Daten des Betroffenen haben. Diese Regelung läuft aber der vollkommenen Exklusivität höchstpersönlicher Rechte zuwider, die andere Interessen als die des Grundrechtssubjekts eben ausschließen. Es zeigt sich, dass das Grundrecht auf Datenschutz somit kein höchstpersönliches Recht im herkömmlichen Sinn sein kann.

---

82 OGH 16.12.1964, 6 Ob 338/64 = JBI 1965, 265 = EvBl 1965/339, 521 = RZ 1965, 81.

83 VwGH 14.7.2005, 2004/06/0026.

84 VwGH 24.6.1993, 92/06/0144.

85 In seiner Entscheidung 15 Os 83/97 vom 3.7.1997 stellte der OGH fest, dass „das Entschlagungsrecht nach § 152 Abs 1 StPO [...] ein höchstpersönliches, über das primär nur die dort genannten Personen verfügen können [sei]. Dispositionen über das Entschlagungsrecht durch andere kenn[e] die Strafprozeßordnung nämlich nur im Zusammenhang mit der Wahrung des Amtsgeheimnisses (§ 151 Z 2 StPO)“.



### 1.3.6. Die „natürliche Freiheit“

Grundsätzlich ist von einer natürlichen Freiheit auszugehen<sup>86</sup>: Wo es keine rechtlichen Normen gibt, gibt es auch keine Verbote und daher (Handlungs)freiheit. Da diese durch die Rechtsordnung weder zugestanden noch geschaffen wird, wird sie **natürliche Freiheit**<sup>87</sup> genannt, da es zu ihrer Existenz keines Zutuns der Rechtsordnung bedarf. Allerdings kann sie von der Rechtsordnung eingeschränkt, erweitert oder schlicht unberührt bleiben. *„[D]ie natürliche Freiheit kann unter die Herrschaft von Normen gestellt, aber nicht vernichtet werden.“*<sup>88</sup>

Die natürliche Freiheit ist nur soweit rechtlich anerkannt, als die Rechtsordnung Mittel zur Verfügung stellt, diese zu realisieren<sup>89</sup>, dh subjektive Rechte gewährt. Äußert sich die Rechtsordnung zu bestimmten Handlungen nicht – sind sie also weder ausdrücklich erlaubt noch verboten – sind dies **rechtlich irrelevante Handlungen**<sup>90</sup>, die der natürlichen Freiheit unterliegen<sup>91</sup>.

Soweit sich die natürliche (Handlungs-)freiheit auf den Abschluss von Verträgen bezieht, spricht man von Privatautonomie.<sup>92</sup> Ebenso wie bei der natürlichen Freiheit regiert *„[s]oweit keine gesetzliche Regelung besteht, [...] die Privatautonomie“*<sup>93</sup>. **Privatautonomie** *„ist die Freiheit, eine von der Rechtsordnung anerkannte Regelung seiner Lebensverhältnisse selbst vorzunehmen“*<sup>94</sup>. *„Die freie, privatautonome Selbstregulierung der Rechtsbeziehungen [...] gibt jedem Bürger gleichermaßen die Möglichkeit zur Entfaltung seiner selbst in der Rechtsordnung und korreliert daher mit dem Demokratieprinzip[...] Was die demokratische Teilhabe an der politischen Herrschaft für die politische Staatslenkung darstellt, vermittelt die Privatautonomie für*

---

86 Schulev-Steindl, Subjektive Rechte, Forschungen aus Staat und Recht 162 (2007) 40.

87 Siehe schon Jellinek, System 43.

88 Jellinek, System 44.

89 Jellinek, System 47.

90 Jellinek, System 48.

91 Schulev-Steindl, Rechte 84.

92 Resch, Einwilligung 46 führt zur Privatautonomie aus: *„Unter Privatautonomie wird nach hA das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen verstanden.“*

93 Resch, Einwilligung 59.

94 Ruffert, Vorrang 55.

den komplementären wirtschaftlich-sozialen Sektor.“<sup>95</sup>

„Selbstbestimmung oder Autonomie [...] ist Bestimmung der Handlungen durch den Charakter [Anm: iSv Individuum, Persönlichkeit, ...]“<sup>96</sup>, wenn also die Persönlichkeit als kausal für ihre Handlungen bezeichnet werden kann. Dieser Kausalitätszusammenhang soll also geschützt werden.

Der Begriff des informationellen Selbstbestimmungsrechts<sup>97</sup> wurde in Deutschland<sup>98</sup> maßgeblich durch das so genannte Volkszählungsurteil<sup>99</sup> des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Die zentrale Erkenntnis bestand darin, dass „es sich bei dem Datenschutz um ein Grundrecht handelt“ und dass das „Grundrecht [...] insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen [gewährleistet]. Einschränkungen dieses Rechts auf »informationelle Selbstbestimmung« sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig.“<sup>100</sup>

Auch wenn das informationelle Selbstbestimmungsrecht – aus welchen Gründen auch immer – wenig in Anspruch genommen wird oder die Betroffenen zeitweise sogar überfordert, weil sie in ihrer aktuellen Situation nicht in der Lage sind eine freie Entscheidung zu treffen, so wäre es dennoch „problematisch, die grundrechtlichen Ansprüche dieser Personen [Anm: gemeint sind jene Personen, die ihr informationelles Selbstbestimmungsrecht ausüben wollen] zugunsten derjenigen [...] zu opfern, die – zeitweise – auf diese Art von Selbstbestimmung am liebsten ganz verzichten würden.“<sup>101</sup>

#### **1.4. Mögliche Beweggründe für die Verwendung von Zustimmungen**

Der weit verbreitete Einsatz datenschutzrechtlicher Zustimmungen legt den Schluss nahe, dass Zustimmungserklärungen nicht nur der autonomen Rechtsgestaltung durch

---

95 Ruffert, Vorrang 57.

96 Windelband, Willensfreiheit 69.

97 Näher zum informationellen Selbstbestimmungsrecht: Schrader, Informationelle Selbstbestimmung, in Bäumlert/Breinlinger/Schrader (Hrsg), Datenschutz von A – Z (2000) I 300.

98 In Österreich verwendete Stadler, JBI 1979, 360, bereits 1979 den Begriff „Selbstbestimmungsrecht über Informationen“.

99 BVerfGE 65, 1 = <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv065001.html> (19.4.2006).

100 Schrader in Bäumlert/Breinlinger/Schrader 1.

101 Menzel, Datenschutzrechtliche Einwilligungen in medizinische Forschung, MedR 2006, 702 (705).

den Betroffenen selbst dienen, sondern auch Rechtsgrundlagen für jene Datenverwendungen<sup>102</sup> gesucht werden, in denen weder gesetzliche Eingriffsermächtigungen noch überwiegende berechnigte Interessen am Eingriff bestehen. Das angestrebte Ziel – nämlich die rechtliche Absicherung<sup>103</sup> einer bestimmten Vorgangsweise – weist deutliche Parallelen zum Phänomen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>104</sup> auf.

Der vermeintliche rechtliche Mehrwert von Zustimmungten wird anscheinend darin gesehen, dass sie die Möglichkeit einer rechtlichen Absicherung auch ohne Feststellung eines überwiegenden berechtigten Interesses anderer bieten<sup>105</sup>. Überwiegendes berechtigtes Interesse und Zustimmung sind als rechtlich gleichwertige<sup>106</sup> Anknüpfungspunkte für die Zulässigkeit von Datenverwendungen anzusehen. Mangelnde Entscheidungen des Gesetzgebers<sup>107</sup> sowie mangelhafte Datenschutzkenntnisse<sup>108</sup> in der Praxis – insbesondere hinsichtlich der Frage ob bzw

102 Zu den möglichen Motiven für die zunehmende automationsunterstützte Verwendung von Daten vgl *Peter*, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, 5 ff, der ua „vernünftige Planung und Führung, zielgerichtete Werbung [und] risikoarme Kreditgeschäfte“ als potentielle Gründe anführt.

103 Vgl OGH 19.3.2002, 4 Ob 179/02f, wonach die in Diskussion stehende Bestimmung der Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (ABB) "sicherheitshalber' eine Zustimmung in allen Fällen vorsieht, in denen eine Datenübertragung stattfinden soll".

104 Siehe zur Überschneidung der beiden Themenkreise: *Schmitz/Eckhardt*, AGB-Einwilligung in Werbung – Werbeeinwilligungen in AGB im Spiegel des Datenschutz- und Wettbewerbsrechts, CR 2006, 533.

105 „Insbesondere für private datenverarbeitende Stellen erscheint sie [Anm: die Zustimmung] als der einfachste Weg, auf legale Weise möglichst umfassende Informationen über Andere zu erhalten“ (von *Mutius*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Einwilligung im Datenschutzrecht – Datenschutz und Datensicherheit zwischen subjektiv-rechtlicher Gewährleistung und objektiv-rechtlichem Schutzauftrag, in *Bizer et al* [Hrsg], Innovativer Datenschutz 1992 – 2004 – Wünsche, Wege, Wirklichkeit – Für Helmut Bäumler 101).

106 Zur Frage der Gleichwertigkeit vgl unten Kap 4.7, Verhältnis der Eingriffsermächtigungen zueinander 113.

107 Ein Beispiel stellt § 11a Versicherungsvertragsgesetz dar – statt im Gesetzestexte klare Anordnungen zu treffen, überlässt es der Gesetzgeber den Parteien des Versicherungsvertrags über die Verwendung von Gesundheitsdaten zu entscheiden. Vgl auch *Schlag*, Die Herausforderung der Biotechnologie an die österreichische allgemeine Grundrechtsdogmatik, ÖJZ 1992, 50 der davon spricht, dass im Bereich der Biotechnologie „[d]ie normalen politischen Konfliktlösungsmechanismen, Kompromiß, Entscheidungsdelegation, Entscheidungsenthaltung, etc versagen“. (Anm: Hervorhebung nicht im Original).

108 Dem könnte entgegengewirkt werden, indem beispielsweise in einer Aufzählung (Fallbuch) gewisse

wann überwiegende berechnigte Interessen vorliegen – überdecken die Tatsache, dass in etlichen „Zustimmungsfällen“ gar keine Zustimmung erforderlich ist, weil der Grundrechtseingriff bereits nach Durchführung einer Interessenabwägung zulässig wäre. Diese Unsicherheit bei der Interessenabwägung wird verstärkt, wenn anstelle von individuellen und allgemeinen Gütern, bloß individuelle gegeneinander abgewogen werden müssen.<sup>109</sup> Bei der Abwägung allgemeiner gegen individuelle Güter, fällt die Entscheidung meist leichter, da der Allgemeinheit in der Regel die stärkere Position zukommt und die Interessenabwägung – im Sinne eines Ausgleichs daher eher zu Gunsten der individuellen Güter ausgeht. Eine derartige Entscheidungshilfe – nämlich der große Unterschied in der Stärke der einzelnen Positionen – fehlt allerdings oft im privaten Bereich<sup>110</sup>.

### **1.5. Ausblick auf die Problematik**

Im Laufe dieser Arbeit hat sich gezeigt, dass alle Unklarheiten iZm Zustimmungen auf eine der drei folgenden Fragen rückführbar sind:

1. Wann sind Willenserklärungen (Zustimmungen) frei von Zwang?
2. Wie können abstrakte Grundrechtsbestimmungen möglichst objektiv konkretisiert werden?
3. Wie können Interessenabwägungen objektiviert werden?

Die Bestimmungen des Grundrechts auf Datenschutz spielen bei der Beantwortung dieser Fragen eine zentrale Rolle – eine intensive Untersuchung, insbesondere des Verhältnisses zwischen den einfach- und den verfassungsgesetzlichen Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000 ist daher unumgänglich. All diesen Fragen ist gemein, dass sie mit herkömmlichen juristischen Methoden nur schwer oder gar nicht gelöst

---

Interessenabwägungen vorgestellt werden, sodass der Rechtsanwender leichter abschätzen kann ob er diese Daten verarbeiten darf oder nicht. Im Prinzip läuft diese Beurteilung auf ein zweistufiges Verfahren hinaus:

1. Feststellung des Eingriffszwecks, sowie dessen Zulässigkeit sowie
2. Feststellung der zur Zweckerreichung verwendeten Mittel und ob diese das gelindeste Mittel zur Zweckerreichung darstellen.

109 Vgl. *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBI 1983, 281 (290).

110 Ähnlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes (2001) 100f.

werden können. Es ist daher zu überlegen, ob nicht neue Wege beschritten werden müssen, wie etwa der Rückgriff auf sozialwissenschaftliche Methoden (zB Bewertungsverfahren aus der Wirtschaftswissenschaft oder Befragungen aus der Psychologie), um die notwendige Objektivierung zu erreichen.

### 1.5.1. Wann sind Willenserklärungen (Zustimmungen) frei von Zwang?

Zentrales Problem bei Zustimmungen ist die Beurteilung ihrer Gültigkeit und hier insbesondere der Frage ob sie unter Zwang abgegeben wurde oder nicht. Man muss dazu klären was Zwang iSd § 4 Z 14 DSG 2000 bedeutet und ob Zustimmungserklärungen beispielsweise nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten – Stichwort Vertrauenstheorie – oder nach speziellen datenschutzrechtlichen Vorschriften, die auf Grund der jederzeitigen Widerrufbarkeit eine Tendenz zur Willenstheorie aufweisen, ausgelegt werden sollen. Damit in Zusammenhang steht die – ebenfalls unbeantwortete – Frage, ob Zustimmungserklärungen Bestandteil eines Austauschverhältnisses sein dürfen oder ob sie an keine wie auch immer gearteten Bedingungen „gekoppelt“ werden dürfen.

Für den Bereich des Mindestumfangs sowie der Klarheit von Zustimmungsklauseln besteht – im Gegensatz zur Frage, wann eine Zustimmung frei iSd § 4 Z 14 DSG 2000 ist – bereits ausreichend Judikatur und Literatur<sup>111</sup>. Trotzdem werden auch diese Aspekte berücksichtigt – teils der Vollständigkeit halber, teils des besseren Überblicks über den aktuellen Diskussionsstand wegen. Weiters wird untersucht, ob und welche Situationen es gibt, die so zwangsbehaftet für den Betroffenen sind, dass Zustimmungen nicht gültig abgegeben werden können.<sup>112</sup>

### 1.5.2. Wie können abstrakte Grundrechtsbestimmungen möglichst objektiv konkretisiert werden?

Da die Abstraktion im Stufenbau der Rechtsordnung für gewöhnlich zunimmt, bieten verfassungsgesetzliche Bestimmungen in der Regel mehr Auslegungsspielraum als einfachgesetzliche Bestimmungen.<sup>113</sup> Dennoch ist das kein Grund die rechtswissenschaft-

---

111 Vgl dazu unten Kap 6.5, Judikatur des OGH zur datenschutzrechtlichen Zustimmung 168.

112 *Weichert*, Verbraucher-Scoring meets Datenschutz, DuD 2006 (399) 400 beispielsweise stellt für Deutschland die Praxistauglichkeit von Zustimmungen generell in Frage.

113 *Stoll*, Das Sachgesetzlichkeitsprinzip als Ausformung des Gleichheitsgrundsatzes, ÖStZ 1989, 188; *Winkler*, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen (1969) 46.

liche Betrachtung zu Gunsten der rechtspolitischen Auseinandersetzung aufzugeben. Denn auch wenn *Korinek*<sup>114</sup> zuzustimmen ist, dass die Rechtsanwendung in Wahrheit zweigeteilt – in einen interpretativen und in einen willensbildenden Entscheidungsfindungsabschnitt<sup>115</sup> – aufgefasst werden muss, so ist der interpretative Entscheidungsfindungsabschnitt durch Heranziehung der gesamten Rechtsordnung als Wertesammlung<sup>116</sup> und letzten Endes Interpretationshilfe größtmöglich auszudehnen. Dieses Gebot folgt daraus, dass der interpretative Entscheidungsfindungsabschnitt als rechtswissenschaftlicher Teil des Entscheidungsprozesses für jedermann nachvollziehbar bleibt, während der willensbildende Entscheidungsfindungsabschnitt vorwiegend von anderen als positivrechtlichen Überlegungen geprägt ist.

### 1.5.3. Wie können Interessenabwägungen objektiviert werden?

Auch die in der Grundrechtsdogmatik so bedeutsamen Interessenabwägungen werden zwar vielfach angewandt, allerdings selten erklärt. Für die datenschutzrechtliche Zustimmung sind sie aus zwei Gründen von großer Bedeutung: erstens stellt der dritte Eingriffstatbestand des Grundrechts auf Datenschutz („überwiegende berechtigte Interessen eines anderen“) auf die Interessenabwägung ab – zweitens muss bei der Feststellung von Zwang untersucht werden, was der Auftraggeber von der gegebenen Zustimmung des Betroffenen abhängig machen darf. Auch in diesem Fall bedarf es der Interessenabwägung, um unzulässige Junktimierungen<sup>117</sup> – die Zwang iSd § 4 Z 14 DSG 2000 darstellen – von zulässigen unterscheiden zu können.

Es müssen – ebenso wie bei der Konkretisierung abstrakter Normen – auch hier Möglichkeiten zur Objektivierung gefunden werden, um die Rechtsanwendung nicht völlig der Willkür preiszugeben.

---

114 *Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS *Walter*, 365.

115 Vgl auch *Schambeck*, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsinterpretation, JBI 1980, 225.

116 *Winkler*, Wertbetrachtung 39 ff. *Berka* weist allerdings darauf hin, dass das Wertesystem der österreichischen Verfassung unvollständig sei (*Berka*, JBI 1983, 287). *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 28 f sieht den „*Rekurs auf den »innere(n) Wertungszusammenhang der Rechtsordnung« [... als] unzureichend [an], weil so etwas wie der Wertungszusammenhang der Rechtsordnung keine feste Größe ist, die den Entscheidenden auf eine bestimmte Wertung festlegt.*

117 Näher dazu unten Kap 6.1.4.4, Vis Compulsiva 153.

## 2. HISTORISCHE ENTWICKLUNG

### 2.1. Die Vorreiterrolle der EMRK

Der Einfluss der europäischen Menschenrechtskonvention<sup>118</sup> (EMRK) auf die Datenschutzgesetzgebung ist sowohl auf europäischer Ebene<sup>119</sup> als auch auf nationaler Ebene<sup>120</sup> unverkennbar. Nach wie vor ist die EGMR-Judikatur für die Entscheidungsfindung – etwa des VfGH – von großer Bedeutung<sup>121</sup>. Vor Bestehen datenschutzrechtlicher Bestimmungen in Österreich war Art 8 EMRK die Verfassungsbestimmung in Österreich, die am ehesten dem heutigen Grundrecht auf Datenschutz entsprach. Art 8 EMRK schützt das Privat- und Familienleben und lautet wie folgt:

**„Artikel 8  
Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens**

(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.“

Daneben gab es mit der Amtsverschwiegenheit (Art 20 B-VG), dem Briefgeheimnis (Art 10 StGG) und dem Fernmeldegeheimnis (Art 10a StGG) noch andere Geheimnisschutzbestimmungen im Verfassungsrang. Auch einfachgesetzlich gab es mit den berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten<sup>122</sup>, den strafrechtlichen

---

118 Die EMRK wurde am 4. November 1950 in Rom in der 6. Sitzung des Ministerkomitees unterzeichnet und ist am 3. September 1953 nach Ratifikation durch 10 Mitgliedstaaten in Kraft getreten (<http://www.emrk.at> [29.11.2009]). Näher dazu *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005).

119 Vgl Erwägungsgründe 1, 10 und 37 der Datenschutzrichtlinie.

120 Hier etwa im expliziten Verweis des § 1 Abs 2 DSG 2000 auf Art 8 Abs 2 EMRK.

121 Vgl etwa VfSlg 16.369/2001, das sich hinsichtlich des erforderlichen Determinierungsgrades von Eingriffsgesetzen gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 (Art 8 Abs 2 EMRK) auf EGMR 16.2.2000, *Amann v Switzerland* bezieht. MWN *Holoubek*, Die Interpretation der Grundrechte in der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg) Grund- und Menschenrechte in Österreich I (1991) 65.

122 Vgl etwa § 460a ASVG, § 219 Bauern-Sozialversicherungsgesetz, § 20 Behinderteneinstellungsgesetz, § 20 Abs 5 Bewährungshilfegesetz, § 4 Abs 2 Z 5 Börsensensale-

Geheimnisschutztatbeständen Berufsgeheimnissen (§§ 121 f StGB) sowie anderen Tatbeständen<sup>123</sup> wichtige Mosaiksteine eines heutigen Datenschutzrechts. Auffallend ist, dass die meisten Geheimnisschutzbestimmungen bestimmte Personen zur Verschwiegenheit verpflichteten, aber nur wenige Bestimmungen wie etwa Art 8 EMRK oder § 16 ABGB dem Betroffenen ein universelles Schutzrecht zugestanden. Diese Verschwiegenheitspflichten schützten nicht nur personenbezogene Daten und waren insbesondere nicht primär auf den Schutz des Einzelnen, sondern oft auf die Wahrung öffentlicher Interessen<sup>124</sup> ausgerichtet. Darin besteht ein wichtiger Unterschied zu originären Datenschutzbestimmungen, deren Ziel genau der Schutz des Einzelnen ist. Obwohl die EMRK grundsätzlich nur die Vertragsstaaten verpflichtete, erlangten ihre Bestimmungen in Österreich über die Implementierung als Grundrechte<sup>125</sup> auch Wirksamkeit für den einzelnen Bürger. In zahlreichen Entscheidungen hat beispielsweise der OGH vor In-Kraft-Treten der ersten Datenschutzbestimmungen in Österreich datenschutzrelevante Fälle<sup>126</sup> auf Grund von Art 8 EMRK entschieden.

---

Gesetz, § 26 Bundes-Personalvertretungsgesetz, § 31 Dentistengesetz, § 52 Gehaltskassengesetz 1959, § 16 Gerichtsorganisationsgesetz, § 76 Gewerbeordnung 1859 – Gewerbliches Hilfspersonal, § 315 Gewerbeordnung 1973 (Berufsdetektive), § 231 Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz, § 6 Hausbesorgergesetz (nimmt ausdrücklich auf die „*Privat- und Familienverhältnisse der Hausbewohner*“ Bezug), § 88a Notarversicherungsgesetz 1972, § 17 Patentanwaltsgesetz, § 120 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz, § 8 Sicherstellung der Gasversorgung, § 46 Tierärztegesetz, § 16 Tuberkulosegesetz, § 27 Wertpapierbereinigungsgesetz, § 27 Wirtschaftstreuhand-Berufsordnung,

123 Vgl etwa § 10 Bundesstatistikgesetz 1965, § 77 UrhG.

124 Vgl dazu etwa § 7 Arbeitsmarktförderungsgesetz, § 14 Energiewirtschaftsgesetz, §§ 31 f Berufsausbildungsgesetz (Berufsausbildungsbeiräte), § 41 Bewertungsgesetz (Bewertungsbeirat), § 4 Bodenschätzungsgesetz 1970 (Bundesschätzungsbeirat), § 7 Elektrizitätsförderungsgesetz 1969 (Elektrizitätsförderungsbeirat), § 52 Abs 3 Gehaltskassengesetz 1959 (Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht nur wenn dem kein öffentliches Interesse entgegensteht), § 6 Lagerstättengesetz.

125 Mit Art II Z 7 BGBl 1964/59 wurde die „*Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten samt Zusatzprotokoll, BGBl. Nr. 210/1958*“ in den Verfassungsrang gehoben.

126 So hat der OGH beispielsweise:

- die Kontrolle des Briefverkehrs von Untersuchungshäftlingen durch den Untersuchungsrichter als zulässig erkannt (OGH 14.2.1974, 13 Os 166/73),
- die Akteneinsicht im Pflugschaftsverfahren für den künftigen Prozessgegner des Pflegebefohlenen abgelehnt (OGH 4.12.1974, 1 Ob 205/74) oder
- die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten durch den Betriebsrat als zulässig erachtet und



## **2.2. Entwicklung des österreichischen Datenschutzrechts**

Die ersten – ausdrücklich als Datenschutzbestimmungen bezeichneten – Regelungen enthielt in Österreich das Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSG)<sup>127</sup>, das mit 1. Jänner 1980 in Kraft trat. Davor gab es – wie bereits erwähnt – zwar auch schon Bestimmungen, die die Privatsphäre des Einzelnen schützten<sup>128</sup>, diese waren aber nicht speziell auf den Schutz personenbezogener Daten zugeschnitten, sondern schützten die Privatsphäre oder Persönlichkeit des Betroffenen schlechthin. Die Geschichte des Datenschutzrechts ist somit eine vergleichsweise junge und das nicht nur in Österreich sondern auch international<sup>129</sup>.

Die ersten Vorarbeiten zum DSG erfolgten 1971, als unter dem Vorsitz des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst eine Arbeitsgruppe „Datenschutz“ eingerichtet wurde. Im Zuge dieser Arbeiten wurden zahlreiche Entwürfe<sup>130</sup> ausgearbeitet. Der Weg zum DSG war kein geradliniger<sup>131</sup>: es gab drei Begutachtungsentwürfe, zwei Regierungsvorlagen und eine intensive parlamentarische Auseinandersetzung. *„Mit dem StGB, dem UOG und dem LMG gehört das DSG mit 24 Unterausschußsitzungen zu*

---

gleichzeitig das Recht auf Achtung der Geheimsphäre als Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB anerkannt (OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78).

127 BGBl Nr 565/1978.

128 So hat der OGH etwa § 16 ABGB als zentrale Norm des Persönlichkeitsschutzes in Österreich bezeichnet (OGH 23.10.2000, 6 Ob 238/00v).

129 MWN *Duschaneck*, Die Entwicklung des Datenschutzes in Österreich in *Bauer/Reimer* (Hrsg), Handbuch Datenschutzrecht (2009) 43 (44).

130 Vorarbeiten zum DSG:

- Erster Ministerialentwurf vom 20. Februar 1973 (RV 1423 BlgNR 13. GP, 12),
- Vorbegutachtung mit den betroffenen Bundesministerien,
- Zweiter Ministerialentwurf vom 1. August 1973 (RV 1423 BlgNR 13. GP, 12),
- Allgemeines Begutachtungsverfahren (Übersicht dazu in RV 1423 BlgNR 13. GP, 12),
- Dritter Ministerialentwurf vom 16. Mai 1974 (GZ 51.500-2 d/74; RV 1423 BlgNR 13. GP, 12),
- Allgemeines Begutachtungsverfahren (Übersicht dazu in RV 1423 BlgNR 13. GP, 13 ff),
- Initiativantrag 125/A) vom 10. Juli 1974, IA II-3586 BlgNR 13. GP,
- Erste Regierungsvorlage vom 18. Dezember 1974, RV 1423 BlgNR 13. GP,
- Zweite Regierungsvorlage vom 17. Dezember 1975, RV 72 BlgNR 14. GP,
- Initiativantrag (21/A) vom 31. März 1976, IA II-442 BlgNR 14. GP sowie
- Bericht des Verfassungsausschusses vom 5. Oktober 1978, AB 1024 BlgNR 14. GP.

131 Zur Diskussion zur Entstehung des DSG s *Stadler* (Hrsg) Datenschutz (1975).

den vom NR am eingehendsten beratenen G der Zweiten Republik.“<sup>132</sup> Da die eingebrachten Vorlagen kaum mehr „als den Titel und die Vollzugsklausel“<sup>133</sup> mit dem beschlossenen DSG gemein hatten, war das DSG eines der wenigen Gesetze der Zweiten Republik, das im Endeffekt zur Gänze vom Parlament erarbeitet wurde<sup>134</sup>.

### **2.3. Entwicklung der datenschutzrechtlichen Zustimmungsregelungen**

Aus dem Blickwinkel des informationellen Selbstbestimmungsrechts zeigt sich, dass dessen Berücksichtigung im Laufe der Zeit zunahm. So enthielt etwa die Regierungsvorlage vom 18. Dezember 1974<sup>135</sup> lediglich einen knappen Verweis auf die schriftliche Zustimmung des Betroffenen in ihrem § 7 Abs 2 Z 2, wonach die Weitergabe von Daten im öffentlichen Bereich zulässig war, wenn der Betroffene schriftlich zustimmte. Die Regierungsvorlage vom 17. Dezember 1975<sup>136</sup> brachte keine darüber hinausgehenden Bestimmungen mit sich. Dies änderte sich mit dem Bericht des Verfassungsausschusses vom 5. Oktober 1978<sup>137</sup>. Die auf die Zustimmung gestützte Übermittlungsbestimmung des öffentlichen Bereichs – nun in § 7 Abs 1 Z 2 geregelt – erlaubte auch einen schriftlichen Widerruf<sup>138</sup>. Außerdem gab es in § 18 Abs 1 Z 1 eine ausdrückliche, parallele Regelung für den privaten Bereich<sup>139</sup>. § 22 des Entwurfs, der die Übermittlung aus Verarbeitungen für eigene Zwecke regelte, verwies ebenso auf die Zustimmung<sup>140</sup> wie § 26 Abs 2 des Entwurfs, der grundsätzlich die Zustimmung des

132 Stadler, Das österreichische Datenschutzgesetz als Markstein der Verfassungspolitik und des Informationsrechts, JBI 1979, 358.

133 Stadler, JBI 1979, 358.

134 Wielinger, Bemerkungen zum Datenschutzgesetz, ZfV 1979, 299.

135 RV 1423 BlgNR 13. GP.

136 RV 72 BlgNR 14. GP.

137 AB 1024 BlgNR 14. GP.

138 AB 1024 BlgNR 14. GP 10.

139 Die Bestimmungen für den privaten Bereich waren im Vergleich zu den bisherigen Entwürfen überhaupt detaillierter und umfangreicher und umfassten etwa Bestimmungen über die Zulässigkeit der Übermittlung (§ 18), das Datengeheimnis (§ 20), die Datensicherung (§ 21), die zivilrechtliche Haftung (§ 28) sowie die Rechte des Betriebsrates (§ 31).

140 Vgl etwa Absatz 3, der folgendermaßen lautete:

„(3) Übermittlung aus Verarbeitungen gemäß Abs. 1 sind nur zulässig:

1. bei gesetzlichen Pflichten, oder
2. zur Abwicklung des Geld- und Zahlungsverkehrs, oder
3. besonderer Zustimmung des Betroffenen im Einzelfall und an einem dem Betroffenen genau

Betroffenen zur Löschung des Bestreitungsvermerks erforderte. Weiters wurde in § 31 des Entwurfs auf die Zustimmungsrechte des Betriebsrates nach § 96 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)<sup>141</sup> verwiesen und in § 53 des Entwurfs die Zustimmung des Betroffenen in Angelegenheiten des Art 30 B-VG als durch die Zustimmung des Nationalratspräsidenten ersetzbar definiert.

Das 1980 in Kraft getretene DSG enthielt all diese „zustimmungsnahen“ Bestimmungen. Dennoch fehlten ihm – im Vergleich zum heutigen DSG 2000 – immer noch wichtige Bestimmungen wie etwa jene im Grundrecht (§ 1 Abs 2 DSG 2000) oder in den Legaldefinitionen (§ 4 Z 14 DSG 2000).

Nichtsdestotrotz könnte es um die Selbstbestimmung früher besser bestellt gewesen sein und zwar aus zwei Gründen: einerseits ist davon auszugehen, dass etliche Normen, die die Selbstbestimmung des Betroffenen schützen sollen<sup>142</sup>, Antwortcharakter haben, also als Reaktion auf bestehende Gefährdungen der Selbstbestimmung erlassen wurden, - andererseits wächst die Zahl der Eingriffsermächtigungen kontinuierlich<sup>143</sup> und lässt zunehmend weniger Spielraum für die autonome Rechtsgestaltung<sup>144</sup>.

## **2.4. Die Selbstbestimmung im Wandel des Datenschutzrechts**

Im alten DSG war die Schutzbestimmungen noch viel restriktiver, was vor allem darin begründet gewesen sein dürfte, dass die Bedeutung der elektronischen Informationsverarbeitung zu diesem Zeitpunkt noch nicht abschätzbar war. So war zwar einerseits die Vorsicht auf Seiten des Gesetzgebers angesichts der unbekannt potentiellen Bedrohungen größer, andererseits aber die Beeinträchtigung des praktischen Ablaufs durch die Schutzvorschriften des DSG dennoch geringer, da die praktische Relevanz der elektronischen Datenverarbeitung per se niedriger war als heutzutage. Wichtige Stationen auf dem Weg zu einem liberaleren Datenschutzrecht waren jedenfalls das Volkszählungsurteil<sup>145</sup> und die europäische Datenschutzrichtlinie.

---

*bezeichneten Empfänger.“*

141 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG), BGBl Nr 1974/22.

142 Vgl § 31a Abs 4a ASVG, § 29 Abs 4 ZustG.

143 Prominente Beispiele dafür sind § 11a VersVG oder die Überwachungsbestimmungen des SPG.

144 S dazu oben Kap 1.3.6, Die „natürliche Freiheit“ 32.

145 BVerfGE 65, 1.

Im Volkszählungsurteil entwickelte das Bundesverfassungsgericht die Idee des informationellen Selbstbestimmungsrechts. Die Datenschutzrichtlinie war motiviert vom gesteigerten Bedarf an Informationen. Um dem Markthindernis der unterschiedlichen Datenschutzniveaus wirksam entgegenzutreten zu können beschloss die EG den Datenschutz auf ein gemeinsames hohes Niveau zu bringen. Die Datenschutzrichtlinie ist daher bei allem Schutzgedanken auch ein Tribut an die moderne Informationsgesellschaft, insofern die Notwendigkeit der Datenverwendung für wirtschaftliche, soziale und wissenschaftliche Zwecke<sup>147</sup> sogar explizit anerkannt wird. Der Schutzgedanke verbleibt nach wie vor wesentliches Element des Datenschutzes, doch ist zumindest Rücksicht zu nehmen auch auf andere Interessen.

Mit dem DSG 2000 kam es zu einer besonderen Betonung der Zwangsfreiheit in § 4 Z 14 DSG 2000, sowie der Aufnahme der Zustimmung in die Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000. Diese beiden Bestimmungen stellen die wichtigsten Stützen einer positivrechtlichen Verankerung des informationellen Selbstbestimmungsrechts dar. *Mayer-Schönberger/Brandl* bezeichnen das informationelle Selbstbestimmungsrecht als Datenschutz der dritten Generation.<sup>148</sup> *Dohr/Pollirer/Weiss* sehen es gar als Bestandteil der europäischen Rechtskultur.<sup>149</sup> *Conrad* hält es für einen „*elementare[n] Bestandteil eines demokratischen Gemeinwesens[, der] den Bürgerinnen und Bürgern eine selbstbestimmte, individuelle Verhaltensfreiheit [sichert]*“.<sup>150</sup>

Mit der Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts kann niemals Verfügungsbefugnis übertragen werden<sup>151</sup>, sondern nur Nutzungsbefugnis. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist nach § 1 Abs 2 DSG 2000 wesentlich durch überwiegende berechnete Interessen anderer eingeschränkt. Wo überwiegende berechnete Interessen anderer bestehen kann es ex lege keine oder nur mehr eine sehr eingeschränkte Selbstbestimmung geben.

---

147 Vgl Erwägungsgründe 3 bis 6 der DS-RL.

148 *Mayer-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz<sup>2</sup>, 13.

149 *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzrecht 19.

150 *Conrad*, Kundenkarten und Rabattsysteme, DuD 2006, 405.

151 Als Ausfluss des informationellen Selbstbestimmungsrechts bleibt der Betroffene immer "Herr der Daten" – noch vor dem Auftraggeber, der üblicherweise so bezeichnet wird.

### 3. RECHTSGRUNDLAGEN DER ZUSTIMMUNG

#### 3.1. Auf europäischer Ebene

Auf europäischer Ebene sind zwei Staatsverträge und zwar die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten<sup>152</sup> sowie die europäische Datenschutzrichtlinie<sup>153</sup> zu unterscheiden. Die beiden Staatsverträge wurden von Österreich ratifiziert, wobei die EMRK in Österreich sogar im Verfassungsrang steht.

##### 3.1.1. Die zustimmungsrelevanten Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie

Die europäische Datenschutzrichtlinie<sup>154</sup> wurde 1995 erlassen und war bis 24. Oktober 1998 umzusetzen (Art 32 Abs 1 DS-RL). Sieht man das DSG 2000 als Umsetzungsakt an, war der österreichische Gesetzgeber somit etliche Monate in Verzug. Die Ziele der Richtlinie sind einerseits ökonomischer und andererseits datenschutz- bzw grundrechtlicher Natur (Erwägungsgrund 3 DS-RL). Die Datenschutzrichtlinie definiert in Art 2 lit h die Einwilligung als *„jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden“*. Die Definition der Einwilligung in Art 2 lit h der Richtlinie spricht in der deutschen Übersetzung davon, dass sie ohne Zwang abzugeben ist. Auch die englische Fassung verweist darauf, dass sie *freely given* ist – was zutreffenderweise nicht mit *freiwillig*<sup>155</sup> [engl *voluntar(il)y* bzw *unsolicited*] sondern mit *frei* (von Zwang) übersetzt worden ist.

---

152 ETS 108 – im Internet zu finden unter <http://conventions.coe.int/treaty/GER/Treaties/Html/108.htm> (5.12.2009).

153 Richtlinie 95/46/EG über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI EG Nr L 1995/281, 31.

154 Zur Entstehungsgeschichte der Datenschutzrichtlinie darf auf das Dokument COD/1990/0287, <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=17982&noticeType=null&language=en> (20.8.2009) verwiesen werden.

155 Zum Begriff der Freiwilligkeit siehe unten Kap 6.1.4.1, Freiwilligkeit 147.

Zur Zulässigkeit der Verarbeitung<sup>156</sup> normiert Art 7 lit a DS-RL, dass die Einwilligung *ohne jeden Zweifel gegeben* sein muss. Die Zustimmung zur Verarbeitung besonders schutzwürdiger Daten ist in Art 8 Abs 2 lit a, c und d geregelt, wobei die lit a einerseits die Ausdrücklichkeit der Zustimmung vorsieht und andererseits den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, die Zustimmung zur Verwendung besonders schutzwürdiger Daten sogar gänzlich auszuschließen<sup>157</sup>. Lit c leg cit verweist auf Fälle, in denen der Betroffene zur Zustimmung nicht mehr fähig ist<sup>158</sup> und lit d leg cit schließlich sieht vor, dass bei der Verarbeitung sensibler Daten durch privilegierte Organisationen, diese die Daten auch nur mit Zustimmung des Betroffenen übermitteln dürfen, selbst wenn die Verarbeitung<sup>159</sup> auch ohne Zustimmung zulässig ist. Weiters sieht Art 26 Abs 1 lit a DS-RL die *„Einwilligung ohne jeden Zweifel“* bei der Übermittlung von personenbezogenen in Drittstaaten vor. Die Einwilligung in die Verarbeitung nicht-sensibler Daten (Art 7 lit a DS-RL) sowie in die Übermittlung in Drittstaaten (Art 26 Abs 1 lit a DS-RL) muss *„ohne jeden Zweifel“* vorliegen, die Einwilligung in sensible Daten (Art 8 Abs 2 lit a DS-RL) muss hingegen ausdrücklich vorliegen.

In Art 28 Abs 4 DS-RL findet sich eine weitere bedeutende Bestimmung – diesmal zur Vertretbarkeit. Demnach kann sich *„[j]ede Person oder ein sie vertretender Verband [Anm: Hervorhebung nicht im Original ...] sich zum Schutz der die Person betreffenden Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten an jede Kontrollstelle mit einer Eingabe wenden“*. Dieser Hinweis auf die Vertretungsmöglichkeit ist von großer Bedeutung für die Diskussion über die Höchstpersönlichkeit von Datenschutzrechten.

Die in dieser Arbeit vorgenommene Unterscheidung zwischen echten und unechten Zustimmungen<sup>160</sup> ist bereits auf europäischer Ebene im 1. Satz des

---

156 Der Begriff “Verarbeiten” wie er in der Datenschutzrichtlinie verwendet wird, entspricht dem “Verwenden” gemäß § 4 Z 8 DSG 2000.

157 Von dieser Möglichkeit wurde im DSG 2000 kein Gebrauch gemacht – vielmehr wurde der Eingriffstatbestand der Einwilligung zusätzlich noch in § 1 Abs 2 DSG 2000 aufgenommen, sodass Gesetze, die eine Zustimmung ausschließen, als verfassungswidrig zu qualifizieren wären, da die Zustimmung als eine von drei Eingriffstatbeständen verfassungsrechtlich vorgesehen ist.

158 Dies entspricht auf nationaler Ebene dem verfassungsrechtlichen Eingriffstatbestand des „lebenswichtigen Interesses“ (für den Betroffenen selbst) bzw „überwiegender berechtigter Interessen“ (für Dritte).

159 Gemeint ist hier Verarbeiten im innerstaatlichen Sinn (§ 4 Z 9 DSG 2000).

160 S unten Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum

Erwägungsgrunds 30 der DS-RL angedeutet, wonach die „*Verarbeitung personenbezogener Daten [...] nur dann rechtmäßig [ist], wenn sie auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht [Anm: ein Fall der echten Zustimmung] oder notwendig ist im Hinblick auf den Abschluß oder die Erfüllung eines für die betroffene Person bindenden Vertrags [Anm: ein Fall der unechten Zustimmung]*“. Es wird also unterschieden zwischen der Zustimmung als solcher und der Vereinbarung zur Datenverwendung im Rahmen eines Vertrags<sup>161</sup>.

### 3.1.2. Gedanken zur österreichischen Umsetzung

Bei der österreichischen Umsetzung fällt auf, dass im DSG 2000 die **jederzeitige Widerrufbarkeit** der Zustimmung vorgesehen ist, dies auf Grund von Art 2 lit h DS-RL allerdings nicht Voraussetzung ist. Es handelt sich dabei um einen Fall des Goldplating<sup>162</sup>, worunter die Übererfüllung von Standards, die auf europäischer Ebene vorgegeben sind, zu verstehen ist. Die Übererfüllung besteht im konkreten Fall darin, dass die Rechtsposition der Betroffenen durch die Umsetzung über das in der Datenschutzrichtlinie vorgezeichnete Ausmaß hinaus verbessert wird. Gemäß § 1 Abs 1 Deregulierungsgesetz 2001<sup>163</sup> ist unbegründetes Goldplating unzulässig<sup>164</sup>. Da es sich allerdings nicht um ein verfassungsgesetzliches Verbot handelt, können übererfüllende Normen nicht vor dem Verfassungsgerichtshof bekämpft werden. Auch europarechtlich

---

einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94.

161 Zur Vereinbarung einer Verwendung von Daten im Rahmen eines Vertrags darf auch auf die Übergangsbestimmung des Erwägungsgrunds 70 DS-RL verwiesen werden: „(70) *Die betroffene Person braucht nicht erneut ihre Einwilligung zu geben, damit der Verantwortliche nach Inkrafttreten der einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie eine Verarbeitung sensibler Daten fortführen kann, die für die Erfüllung eines in freier Willenserklärung geschlossenen Vertrags erforderlich ist [Anm: Hervorhebung nicht im Original] und vor Inkrafttreten der genannten Vorschriften mitgeteilt wurde.*“ Die genannte Unterscheidung findet sich übrigens auch in Art 26 DS-RL, der die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittstaaten regelt und zwar in Abs 1 lit a, b und c leg cit.

162 Vgl zum Begriff des Goldplating § 2 Z 12 Standardkostenmodell-Richtlinien, BGBl II 2007/233.

163 Deregulierungsgesetz 2001, BGBl I 2001/151.

164 Vgl auch das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst, 600.824/011-V/2/01 vom 6. März 2001, worin auf das Verbot des Goldplating hingewiesen wird. An dieser Stelle sei angemerkt, dass Rundschreiben des BKA-VD keine rechtliche Bindungswirkung haben. Auch *Hable/Kunnert/Pürgy*, Österreichisches Handbuch „Bessere Rechtsetzung“ (2008) setzen sich mit dem Thema Goldplating auseinander.

ist die Übererfüllung bedenklich, da solche Bestimmungen „europaweit vollkommen unterschiedliche weitere Regelungsinhalte aufweisen [können], sodass erst recht wieder keine in ihrer Substanz einheitlichen Rechtsvorschriften vorliegen müssen.“<sup>165</sup> Mit Blick auf die zwei wesentlichen Ziele der Datenschutzrichtlinie – den Schutz der Privatsphäre (EG 9) und die Erleichterung des Datenaustausches innerhalb der Gemeinschaft<sup>166</sup> – kann eine Übererfüllung hinsichtlich des letzteren schon bedenklich sein. Allerdings haben die Mitgliedstaaten „einen Spielraum, der im Rahmen der Durchführung der Richtlinie von den Wirtschafts- und Sozialpartnern genutzt werden kann“.<sup>167</sup>

So stellt die zusätzliche jederzeitige Widerrufbarkeit bei sensiblen Daten sicherlich kein Umsetzungsproblem dar, da gemäß Art 8 Abs 2 lit a DS-RL die Mitgliedstaaten die Zustimmung sogar ausschließen dürfen. Bei nicht-sensiblen Daten stellt die österreichische Umsetzung hingegen eine Abweichung dar.

Hinsichtlich des Art 28 Abs 4 DS-RL, der ausdrücklich die Vertretbarkeit des Betroffenen bei der Ausübung seiner Rechte vorsieht, gibt es weder im Gesetzestext noch in den Materialien<sup>168</sup> einen Hinweis auf eine Umsetzung. Die Vertretbarkeit ist weder ausdrücklich vorgesehen noch ausgeschlossen. Es ist daher eine richtlinienkonforme Interpretation zulässig und sogar notwendig, die zumindest für die Geltendmachung der Betroffenenrechte die Vertretbarkeit vorsieht.<sup>169</sup>

165 *Lenzhofer*, Bessere Rechtsetzung in der EU – Der Stand der Dinge, JRP 2008, 157 (158).

166 Erwägungsgrund 9: „Die Mitgliedstaaten dürfen aufgrund des gleichwertigen Schutzes, der sich aus der Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ergibt, 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. [...]“

167 Erwägungsgrund 9: „Die Mitgliedstaaten besitzen einen Spielraum, der im Rahmen der Durchführung der Richtlinie von den Wirtschafts- und Sozialpartnern genutzt werden kann. Sie können somit in ihrem einzelstaatlichen Recht allgemeine Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung festlegen. Hierbei streben sie eine Verbesserung des gegenwärtig durch ihre Rechtsvorschriften gewährten Schutzes an. Innerhalb dieses Spielraums können unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Unterschiede bei der Durchführung der Richtlinie auftreten, was Auswirkungen für den Datenverkehr sowohl innerhalb eines Mitgliedstaats als auch in der Gemeinschaft haben kann.“

168 Art 28 DS-RL wird bloß an zwei Stellen (ErläutRV 1613 B1GNR 20. GP 31 und 43) erwähnt, dort aber immer nur als Verweis auf die Regelung der Kontrollstelle, dh innerstaatlich der Datenschutzkommission.

169 Näher zur Vertretbarkeit s unten Kap 7.3, Zustimmung und Stellvertretung 182.



### 3.1.3. Die Umsetzung in anderen Mitgliedstaaten

In **Belgien**<sup>170</sup> etwa fällt die Aufnahme des gesetzlichen Vertreters in die Definition der Zustimmung auf. In **Italien** kann in bestimmten Fällen der *Garante* – das ist der Datenschutzbeauftragte – die Zustimmung ersetzen (Art 26 Abs 4 erster Satz itDSG<sup>171</sup>). Zudem müssen Zustimmungen schriftlich dokumentiert werden (Art 23 Abs 3 itDSG<sup>172</sup>). In **Deutschland** enthält das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zwar keine Definition der Einwilligung, regelt dafür aber in § 4a BDSG<sup>173</sup> die Voraussetzungen der

170 § 8 des belgischen Datenschutzgesetzes samt Übersetzung lautet:

*§ 8. Par „consentement de la personne concernée“, on entend toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.*

§ 8. Unter „der Einwilligung der betroffenen Person“ ist jede freie, spezifische und informierte Willensbekundung zu verstehen, mit der die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter anerkennen, dass die sie betreffenden personenbezogenen Daten Gegenstand einer Verwendung werden.

171 Art 26 Abs 4 erster Satz des italienischen Datenschutzgesetzes (Codice in materia di protezione dei dati personali, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n 174 del 29 luglio 2003) samt Übersetzung lautet:

(4) I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante:

1. ...

(4) Sensible Daten dürfen auch ohne Zustimmung, nach Genehmigung durch den Datenschutzbeauftragten, verwendet werden:

1. ...

172 Art 23 itDSG samt Übersetzung lautet:

#### **Art 23 Consenso**

(1) Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici e' ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato.

(2) Il consenso puo' riguardare l'intero trattamento ovvero una o piu' operazioni dello stesso.

(3) Il consenso e' validamente prestato solo se e' espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se e' documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13. 4. Il consenso e' manifestato in forma scritta quando il trattamento riguarda dati sensibili.

#### **Art 23 Zustimmung**

(1) Die Verwendung personenbezogener Daten durch Private oder im Wirtschaftsleben handelnde öffentliche Behörden ist nur zulässig mit ausdrücklicher Zustimmung des Betroffenen.

(2) Die Zustimmung kann entweder hinsichtlich der gesamten Verwendung oder eines oder mehrerer Verwendungsschritte gegeben werden.

(3) Die Zustimmung gilt nur dann als wirksam erteilt, wenn sie freiwillig und ausdrücklich erteilt wurde, die konkrete Verwendung der Daten klar und verständlich beschrieben wird, sie schriftlich dokumentiert wird und der Betroffene gemäß Art 13 Abs 4 informiert wurde. Bei sensiblen Daten muss die Zustimmung schriftlich erteilt werden.

173 § 4a BDSG lautet:

#### **Einwilligung**

(1) Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die

Einwilligung. Auffallend ist die zwingend erforderliche Schriftform, weshalb beispielsweise auch das Ankreuzen von Internetformularen für Diskussionen sorgt. In Österreich ist diese Frage, seit dem Entfall des Schriftefordernisses durch die Neuregelung des DSG 2000, klar und einfach zu beantworten: auch das Anklicken eines Buttons oder einer Checkbox ist zulässig zur Erklärung der Zustimmung. Die besondere Hervorhebung war früher in Österreich hM<sup>174</sup> muss allerdings jetzt – angesichts der Tatsache, dass auch konkludente Zustimmungen zulässig sind – zumindest für den Bereich der nicht-sensiblen Daten revidiert werden.

In **Griechenland** geht die Zustimmungsdefinition<sup>175</sup> in Art 2 des Gesetzes zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten<sup>176</sup> (eIDSG) in zwei wesentlichen Punkten über ihr österreichisches Pendant hinaus: Erstens wird im zweiten Satz ex lege aufgezählt, worüber der Auftraggeber den Betroffenen bei Abgabe einer Zustimmung aufzuklären hat. Diese gesetzliche Lücke fällt in Österreich nicht weiter ins Gewicht, da sie von der Judikatur<sup>177</sup> sehr gut geschlossen wurde. Zweitens stellt der letzte Satz klar, dass die Zustimmung jederzeit ohne Rückwirkung („*at any time without retroactive effect*“) – also ex nunc – widerrufen werden kann.

---

Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.

(2) Im Bereich der wissenschaftlichen Forschung liegt ein besonderer Umstand im Sinne von Absatz 1 Satz 3 auch dann vor, wenn durch die Schriftform der bestimmte Forschungszweck erheblich beeinträchtigt würde. In diesem Fall sind der Hinweis nach Absatz 1 Satz 2 und die Gründe, aus denen sich die erhebliche Beeinträchtigung des bestimmten Forschungszwecks ergibt, schriftlich festzuhalten.

(3) Soweit besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich auf diese Daten beziehen.

174 Vgl. das Rundschreiben 810.008/1-V/1a/85, abgedruckt bei *Reimer*, Verfassungs- und europarechtliche Überlegungen zur datenschutzrechtlichen Zustimmung, in *Jahnel/Sieghart/Fercher* (Hrsg) Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 183 (208 f).

175 Art 2 lit k eIDSG samt deutscher Übersetzung lautet:

*k) „The Data Subject's Consent“ shall mean any freely given, explicit and specific indication of will, whereby the data subject expressly and fully cognisant signifies his/her informed agreement to personal data relating to him being processed. Such information shall include at least information as to the purpose of processing, the data or data categories being processed, the recipient or categories of recipients of personal data as well as the name, trade name and address of the Controller and his/her representative, if any. Such consent may be revoked at any time without retroactive effect.*

k) „Zustimmung des Betroffenen“ ist jede frei gegebene, ausdrückliche und bestimmte Willenserklärung, mit der der Betroffene ausdrücklich, informiert und bewusst seine Zustimmung zur Verarbeitung ihn betreffender Daten gibt. Die Information an den Betroffenen hat zumindest den Zweck der Verarbeitung, die zu verarbeitenden Daten oder Datenarten, den Empfänger oder die Kategorien der Empfänger personenbezogener Daten, sowie den Namen, die Firma und Adresse des Auftraggebers und allfälliger Vertreter zu enthalten. Die Zustimmung kann jederzeit ohne nachträgliche Wirkung widerrufen werden.

176 Law 2472/1997 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data.

177 Eine Übersicht zur aktuellen Judikatur ist bei *Reimer* in *Jahnel/Sieghart/Fercher* zu finden.

In der **Slowakei** unterscheidet sich die Zustimmungsdefinition<sup>178</sup> – enthalten in § 4 Abs 1 lit i des Gesetzes über den Schutz personenbezogener Daten<sup>179</sup> (skDSG) – kaum von der österreichischen, denn es kommt genauso darauf an, dass eine Willenserklärung („*indication of his wishes*“) ohne Zwang („*freely given*“) und in Kenntnis der Sachlage („*informed*“) abgegeben wird. Nicht abgestellt wird anscheinend allerdings auf eine konkrete Sachlage, dieses Element könnte sich jedoch im Erfordernis der Bestimmtheit („*specific*“) wiederfinden. Ebenso fehlt der Hinweis auf eine gültige Willenserklärung – ein Mangel, der allerdings nicht zu stark ins Gewicht fallen sollte, da die Gültigkeit in der österreichischen Definition nicht näher präzisiert wird und ein derartiges Erfordernis – auf Grund seiner offensichtlichen Notwendigkeit – nicht explizit angeführt werden müsste.

Im Unterschied zu Österreich enthält das skDSG in § 6 Abs 1 lit i allerdings eine äußerst interessante Bestimmung<sup>180</sup>, die angibt wann eine Zustimmung erzwungen ist.

### **3.2. Auf nationaler Ebene**

Seit Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes<sup>181</sup> (DSG) am 1. Jänner 1980 stellt die datenschutzrechtliche Zustimmung einen Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung dar. In den §§ 7 und 18 DSG wurde sowohl für den öffentlichen als auch den privaten Bereich fest gelegt, dass verarbeitete Daten ua nur übermittelt<sup>182</sup> werden dürfen, wenn

178 § 4 Abs 1 lit i skDSG samt deutscher Übersetzung lautet:

*i) the data subject's consent shall mean any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject knowingly signifies his agreement to personal data related to him being processed;*

i) Zustimmung des Betroffene ist jede bestimmte, informierte und frei abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, mit der er bewusst seine Einwilligung in die Verwendung ihn betreffender Daten gibt;  
179 Act on the Protection of Personal Data, No 428/2002.

180 § 6 Abs 1 lit i skDSG samt Übersetzung lautet:

*(1) The controller shall be obliged to*

*[...]*

*i) process personal data in accordance with morality and act in a manner not contrary to, or circumventing, this Act or other generally binding legal regulations; neither the controller may force data subject's consent or make it conditional with a threat of rejecting the contractual relation, service, goods or duty of the controller or processor laid down by law.*

(1) Der Auftraggeber ist verpflichtet

[...]

i) personenbezogene Daten nach Treu und Glauben zu verwenden und weder gegen dieses noch andere Gesetze zu verstoßen oder sie es zu umgehen; auch darf der Auftraggeber die Zustimmung des Betroffenen nicht erzwingen oder sie durch die Drohung eine Vertragsbeziehung, eine Dienstleistung, Güter oder eine gesetzliche Pflicht abzulehnen zu einer Voraussetzung machen.

181 Datenschutzgesetz (DSG), BGBl Nr 1978/565.

182 Tatsächlich legitimierte die datenschutzrechtliche Zustimmung des DSG nur zur Übermittlung, wo-

der Betroffene der Übermittlung ausdrücklich schriftlich zugestimmt hat, wobei ein schriftlicher Widerruf möglich ist. Das mit 1. Jänner 2000<sup>183</sup> in Kraft getretene Datenschutzgesetz 2000<sup>184</sup> (DSG 2000) definiert in § 4 Z 14 DSG 2000 die Zustimmung als „die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt“. Damit sind die Voraussetzungen für eine die Datenverwendung legitimierende Zustimmung allerdings noch nicht abschließend aufgezählt. Aus den §§ 8 Abs 1 Z 2 und 9 Z 6 DSG 2000 ergeben sich die **jederzeitige** Widerrufbarkeit sowie darüberhinaus für sensible Daten<sup>185</sup>, die Ausdrücklichkeit der Zustimmung, als weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Datenverwendung. Im Gegensatz zur jederzeitigen Widerrufbarkeit, die nicht in der Datenschutzrichtlinie (DS-RL) vorgezeichnet ist, ist die Ausdrücklichkeit bei der Zustimmung zur Verwendung sensibler Daten in Art 8 Abs 2 lit a DS-RL explizit vorgesehen.

---

hingegen die Zustimmung des DSG 2000 zur Verwendung von Daten schlechthin, somit nicht nur zur Übermittlung sondern auch zur Verarbeitung berechtigt.

183 Obwohl die Datenschutzrichtlinie bis zum 24. Oktober 1998 umzusetzen war (Art 32 Abs 1 DS-RL) und der Gesetzgeber des DSG 2000 somit mehr als ein Jahr mit der Umsetzung in Verzug war, sah er keine Rückwirkung des DSG 2000 vor. Einzig in den Übergangsbestimmungen kommt bei strafbaren Datenschutzverletzungen die für den Täter günstigere Rechtslage zur Anwendung, dh es ist theoretisch auch eine Rückwirkung möglich (§ 61 Abs 3 DSG 2000). In der Tat sind die neuen Strafbestimmungen für den Täter günstiger, da der einzige gerichtliche Straftatbestand im DSG 2000 (§ 51 DSG 2000 – Datenverwendung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht) gegenüber den beiden alten Straftatbeständen (§§ 48 f DSG) weitere Erfordernisse vorsieht, wie etwa die Gewinn- oder Schädigungsabsicht sowie die Ermächtigung des Verletzten. Es kann somit leicht sein, dass ein Verhalten, das vor In-Kraft-Treten des DSG 2000 gesetzt wurde, zwar strafbar nach dem DSG, nicht aber nach dem DSG 2000 ist. In diesem Fall kommt es gemäß § 61 Abs 3 DSG 2000 zu einer Rückwirkung des DSG 2000.

184 Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000), BGBl I Nr 1999/165 idF BGBl I Nr 2008/2.

185 Sensible Daten sind gemäß § 4 Z 2 DSG 2000 *Daten natürlicher Personen über ihre rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder ihr Sexualleben.*

## 4. DAS GRUNDRECHT AUF DATENSCHUTZ

Das Grundrecht auf Datenschutz ist eines der ausformuliertesten<sup>186</sup> und jüngsten<sup>187</sup> Grundrechte der österreichischen Rechtsordnung. Es besteht aus dem zentralen Anspruch<sup>188</sup> auf Geheimhaltung (§ 1 Abs 1 DSG 2000) und den Teilrechten<sup>189</sup> auf Auskunft (§ 1 Abs 3 Z 1 DSG 2000<sup>190</sup>) sowie auf Richtigstellung und Löschung (§ 1 Abs 3 Z 2 DSG 2000<sup>191</sup>).

---

186 Sparsame Formulierungen, wie sie von anderen Grundrechten wie etwa der durch Art 17a StGG gewährten Kunstfreiheit bekannt sind, haben den Vorteil, dass sie weniger leicht zu systematischen Brüchen führen. Das DSG 2000 nimmt beispielsweise ausdrücklich an drei Stellen auf das Verhältnismäßigkeitsgebot Bezug, obwohl dieses im grundrechtlichen Bereich sowieso immer mitgedacht werden müsste:

- 1) § 1 Abs 2 DSG 2000 verweist auf Art 8 Abs 2 EMRK,
- 2) § 1 Abs 2 DSG 2000 nimmt in seinem letzten Satz selbst nochmal auf die Verhältnismäßigkeit Bezug, darüber hinaus regeln
- 3) auch die einfachgesetzlichen Bestimmungen der §§ 7 ff DSG 2000 nochmals – eigentlich redundant – die Verhältnismäßigkeit.

Insbesondere der letzte Satz des § 1 Abs 2 DSG 2000 wirft schwierige und eigentlich vermeidbare Auslegungsfragen auf (siehe dazu unten Kap 4.6, Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die drei Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000 82), da nicht ganz klar ist ob er auf die Verhältnismäßigkeit ieS oder aber ein eigenes „Gebot des gelindesten Mittels“ abstellt.

187 Jünger ist beispielsweise, das in § 1 ZDG und Art 9 B-VG enthaltene Grundrecht auf Ableistung des Zivildienstes.

188 Zum Begriff des Anspruchs vgl *Jellinek*, System 50, wonach ein Anspruch eine „*konkrete, aus dem subjektiven Rechte entspringende, gegen eine bestimmte Person gerichtete aktuelle Forderung ist*.“

189 So bezeichnet von der Datenschutzkommission in ihrer Entscheidung K121.000/0002-DSK/2005 vom 1. Februar 2005.

190 Die einfachgesetzliche Regelung zum Auskunftsrecht im DSG 2000 findet sich in § 26 leg cit. Weitere einfachgesetzliche Auskunftsrechte sind ua in § 67a Abs 7 ASVG (Recht des Dienstgebers das eigene Beitragskonto einzusehen), § 51 Abs 1 ÄrzteG (Recht des Patienten in die Dokumentation des Arztes Einsicht zu nehmen), § 7 Bundesarchivgesetz (subsidiäres Auskunftsrecht für den Bereich Statistik), § 84 Gerichtsorganisationsgesetz, § 151 Abs 7 Gewerbeordnung 1994 (Auskunftsrecht gegenüber Adressverlagen und Direktmarketingunternehmen), § 3 Abs 2 Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz (Auskunftsrecht gegenüber Medizinischer Masseuren und Heilmasseuren) sowie § 80 SPG (wonach für die Auskunft gemäß § 26 DSG 2000 ein pauschalierter Kostenersatz verrechnet werden darf).

191 Die einfachgesetzliche Regelung zum Richtigstellungs- und Löschungsrecht im DSG 2000 findet sich im § 27 – weitere einfachgesetzliche Richtigstellungs- und Löschungsrechte sind ua in den §§ 51

Dem Anspruch auf Geheimhaltung kommt die größte Bedeutung aller Teilrechte zu, da die rechtliche Zulässigkeit der gesamten Datenverwendung von der Konformität mit diesem Anspruch abhängt. Die Teilgrundrechte betreffen nicht mehr das „Ob“ der Zulässigkeit, sondern nur mehr das „Wie“.

Vor der näheren Auseinandersetzung mit dem Grundrecht auf Datenschutz soll der zentrale Begriff der Daten näher untersucht werden.

#### **4.1. Der Datenbegriff des Grundrechts auf Datenschutz**

Eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Grundrechts auf Datenschutz ist die Existenz personenbezogener Daten. Darunter sind Angaben über Betroffene (§ 4 Z 3 DSG 2000) zu verstehen, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist (§ 4 Z 1 DSG 2000)<sup>192</sup>. Anders als etwa die Datenschutzrichtlinie setzt der Datenbegriff des Grundrechts auf Datenschutz keine bestimmte Form der Daten voraus. Sie müssen also beispielsweise nicht ganz oder teilweise automationsunterstützt oder in Dateiform verwendet werden (vgl Art 3 Abs 1 DS-RL). Bilder, Schall<sup>193</sup> und selbstverständlich auch elektromagnetische Felder können Daten iSd § 1 DSG 2000 sein. Eine Trägersubstanz ist allerdings schon Voraussetzung, da sonst die bloße Erinnerung – sprich die Speicherung im menschlichen Gehirn – auch ein Datum iSd DSG 2000 wäre. Datenschutz ist jedoch nach seiner Konzeption kein Schutz vor der „rein biologischen Datenverarbeitung“<sup>194</sup> sondern stellt auf Datenverarbeitung durch – wie auch immer geartete – Hilfsmittel ab. Auch der Inhalt der Angaben ist für die Geltung des Grundrechts irrelevant. Einzig und allein relevant ist der Personenbezug. Lassen sich die Angaben nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare Person zurückführen besteht ex lege kein grundrechtlicher Schutz. Dies wird auch mit dem Ausschluss nicht rückführbarer Daten ausdrücklich in § 1 DSG 2000 festgehalten. Ob der Personenbezug direkt oder indirekt ist, ist auch unerheblich als auch indirekt personenbezogene Daten (§ 4 Z 1 DSG 2000) grundrechtlichen Schutz genießen, selbst wenn der

---

Abs 2 ÄrzteG, 84 GOG, 3 Abs 2 MMHmG, 21 Abs 4 ZÄG, ... zu finden.

192 Warum zur Auslegung des verfassungsrechtlichen Datenbegriffs auf die einfachgesetzliche Legaldefinition zurückgegriffen werden darf, s unten Kap 4.3.2, Die Bestimmung des Regelungsinhaltes im Bereich des Grundrechts auf Datenschutz 59.

193 *Lehner/Lachmayer*, Datenschutz im Verfassungsrecht in *Bauer/Reimer*, Handbuch Datenschutzrecht (2009) 95 (98).

194 S dazu unten FN 202, 56 bzw ebenfalls unten FN 206, 57.

einfachgesetzliche Schutz stark eingeschränkt ist (vgl etwa § 29 DSG 2000).

**Direkt personenbezogene Daten** sind Daten, die mit rechtlichen zulässigen Mitteln auf eine bestimmte oder bestimmbare Person rückgeführt werden können. Erfordert die Herstellung des Personenbezugs eine widerrechtliche Handlung – etwa weil ohne Entschlüsselung die Person auf die sich die Daten beziehen nicht ermittelt werden kann – handelt es sich gemäß § 4 Abs 1 DSG 2000 um **indirekt personenbezogene Daten**.

## **4.2. Gründe für die Regelung als Grundrecht**

Dass die Datenschutzrichtlinie keine bestimmte Form der Umsetzung fordert, liegt in ihrem Wesen als Richtlinie. Dementsprechend gibt es beispielsweise keine Bestimmung in der Richtlinie, die die Mitgliedstaaten zur Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz verpflichtet. In Deutschland beispielsweise gibt es bis heute kein spezialgesetzlich normiertes Grundrecht auf Datenschutz.

Angesichts der vor der Einführung des Grundrechts auf Datenschutz bestehenden Rechtslage<sup>195</sup> – wie etwa des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK), des Amtsgeheimnisses (Art 20 B-VG) oder der Bestimmungen zum höchstpersönlichen Recht auf Privatsphäre – stellt sich die Frage, warum es überhaupt eines eigenen Grundrechts auf Datenschutz bedurfte. Die Frage wurde auch in den Vorarbeiten<sup>196</sup> zum DSG intensiv behandelt. So enthielt die erste Regierungsvorlage<sup>197</sup> vom 18. Dezember 1974 zwar eine Kompetenzbestimmung im Verfassungsrang aber keine Grundrechtsbestimmung. Eine solche war in einem ersten Ministerialentwurf enthalten, aber im ersten allgemeinen Begutachtungsverfahren im Jahr 1973 vor dem Hintergrund des Art 8 EMRK als nicht erforderlich festgestellt worden.<sup>198</sup> Es hat den Anschein, dass man sich in dieser Frage nicht so ganz sicher war, denn die genannte Regierungsvorlage aus dem Jahr 1974 enthielt zwar im Entwurf zum Gesetzestext selbst keine Grundrechtsbestimmung, aber dafür in den Erläuterungen (sic!) einen Entwurf für einen neuen Art 10b StGG. Zur Frage des grundrechtlichen Datenschutzes führten die Erläuterungen<sup>199</sup> Folgendes aus:

<sup>196</sup> Übersicht über den Gesetzwerdungsprozess oben S 40 FN 130.

<sup>197</sup> RV 1423 BlgNR 13. GP.

<sup>198</sup> ErläutRV 1423 BlgNR 13. GP 12: „Soweit auf den grundrechtlichen Datenschutz Bezug genommen wurde, wurde anerkannt, daß dieser einerseits durch Art. 8 EMRK wenigstens teilweise gewahrt ist, und andererseits, daß er bei einer Neufassung der Grundrechte berücksichtigt werden müsse.“

<sup>199</sup> ErläutRV 1423 BlgNR 13. GP 15 f.

*„Der vorliegende Entwurf verzichtet auf einen verfassungsgesetzlichen Schutz der in Datenbanken gespeicherten Daten. Der **Schutz des Privatlebens** ist ein ganz allgemeines Problem, das nicht isoliert hinsichtlich der Datenverarbeitung behandelt werden kann. Dieses Problem wird daher auch im Zuge der ohnehin geplanten Neukodifikation der Grundrechte zu behandeln sein. Im übrigen ist das Privatleben bereits jetzt gegen Eingriffe der öffentlichen Hand durch Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützt. Der durch diese Bestimmung der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistete Schutz wird zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zuletzt deshalb als ausreichend angesehen werden können, weil Österreich sowohl das Individualbeschwerderecht als auch die obligatorische Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte durch Erklärungen gemäß Art. 25 und Art. 46 der Europäischen Menschenrechtskonvention anerkannt hat. Um aber einerseits verschiedenen Anregungen der Begutachtungsverfahren Rechnung zu tragen und um andererseits einen Hinweis für die Begegnung der Gefahr für einen effektiven Datenschutz zu geben, die darin liegt, daß dem Datenschutzgesetz als einfachem Bundesgesetz durch spätere Gesetze derogiert werden kann bzw. daß die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes, von denen eine Ausnahme möglich ist (z. B. § 7), durch eine große Zahl von Ausnahmen faktisch obsolet werden, wird eine Diskussionsentwurf für eine Verfassungsbestimmung vorgelegt, mit der das Staatsgrundgesetz [...] durch einen Art. 10b ergänzt werden könnte: [...] Eine solche oder ähnliche programmatische Bestimmung wäre als Ergänzung zu Art. 8 EMRK zu verstehen.“*

Die nahezu wortgleichen Initiativanträge der ÖVP aus 1974 und 1976<sup>200</sup> „betreffend ein Bundesverfassungsgesetz über Datenschutz und Datensicherung“ führten neben dem Bestandschutz weitere Argumente für die Ausgestaltung als Grundrecht an:

*„Diese optimale Datenschutzmaßnahme gliedert sich in ein Bundesverfassungsgesetz zum Datenschutz und ein Durchführungsgesetz zum Datenschutz. Eine verfassungsrechtliche Maßnahme ist deshalb notwendig, weil man bestrebt sein müßte, den Datenschutz sowohl für den Bund als auch für die Länder und Gemeinden sowie für die Privaten, wenn sie mit personenbezogenen Daten umgehen, effektiv und*

---

200 Initiativantrag (125/A) vom 10. Juli 1974, IA II-3586 BlgNR 13. GP bzw. Initiativantrag (21/A) vom 31. März 1976, IA II-442 BlgNR 14. GP.



*verbindlich zu machen. Es kann nicht mehr im Belieben von Ländern, Gemeinden und Privaten stehen, ob sie einen wirksamen Datenschutz einführen wollen oder nicht, sie sollen dazu verhalten werden. Das ist nur durch Verfassungsgesetz zulässig.*<sup>201</sup>

In den genannten Initiativanträgen wird die Notwendigkeit von Datenschutzbestimmungen vor allem mit den Missbrauchsmöglichkeiten der modernen EDV begründet:

*„So ökonomisch die EDV auch ist, [...] so groß ist die Möglichkeit, mit EDV Mißbrauch zu treiben, so groß sind vor allem die Gefahrenmomente für die Privat- und Intimsphäre, die ihr durch mißbräuchliche EDV erwachsen. [...] Eine unkontrollierte EDV erzeugt ein Unmutsgefühl und ein Gefühl der Furcht, wenn sich der Bürger der ungeahnten Möglichkeiten dieser technischen Einrichtungen bewußt wird.*<sup>202</sup>

In der zweiten Regierungsvorlage<sup>203</sup> war ebenfalls kein Grundrecht vorgesehen. Dieses wurde erst wieder im Verfassungsausschuss<sup>204</sup> eingefügt und erhielt dort die Fassung die später auch als BGBl 1978/565 tatsächlich Grundrecht wurde. Der Ausschussbericht führte in seinem allgemeinen Teil dazu an:

*„Rechtspolitische Grundgedanke der Beratungen war, die Persönlichkeitssphäre des Menschen auch in Anbetracht des Einsatzes moderner Informationstechnologien zu wahren und ihm Rechtsschutz gegen ungerechtfertigte Verwendung seiner Daten zu ermöglichen. [...] In diesem Sinn enthält der Gesetzesentwurf ein neues Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre, das die in Art. 8 der Menschenrechtskonvention enthaltenen Grundsätze fortführt und erweitert in Richtung auf ein grundsätzliches Informationsrecht des Betroffenen über seine verarbeiteten Daten.*<sup>205</sup>

Im speziellen Teil – genauer gesagt in den Erläuterungen zu § 1 – wird ausgeführt, dass das Grundrecht auf Datenschutz einerseits „einen im Grundsatz von der technischen

---

201 IA 125/A II-3586 BlgNR 13. GP 8 = IA 21/A II-442 BlgNR 14. GP 7 f.

202 IA 125/A II-3586 BlgNR 13. GP 2 f = IA 21/A II-442 BlgNR 14. GP 2 f.

203 RV 72 BlgNR 14. GP.

204 AB 1024 BlgNR 14. GP 9.

205 AB 1024 BlgNR 14. GP 2.

*Form der Verarbeitung unabhängigen Schutz*<sup>206</sup> aufstellen soll und andererseits „im Hinblick auf seine unmittelbare Durchsetzbarkeit über die Amtsverschwiegenheit gemäß Art. 20 Abs. 3 B-VG“<sup>207</sup> hinausgehen soll. Der VfGH hatte nämlich in VfSlg 7455 entschieden, dass kein subjektives Recht auf Amtsverschwiegenheit bestehe.

### **4.3. Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung**

Die Teilgrundrechte sind auf Grund ausdrücklicher Anordnung in § 1 Abs 3 DSG 2000 unter Ausgestaltungsvorbehalt<sup>208</sup> gewährt. *„Anders als die Pflicht zur Geheimhaltung schafft die Pflicht zur Auskunft einen Anspruch auf Leistung, der seiner Natur nach näherer Konkretisierung bedarf. Die Verfassung umschreibt den Inhalt des Rechtes daher nicht selbst abschließend, sondern überläßt die nähere Ausformung dem einfachen Gesetzgeber und räumt ihm so einen gewissen Spielraum ein. Dieser Spielraum ist allerdings ein eng begrenzter: Er betrifft nur die Art und Weise der Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs.“*<sup>209</sup>

Wie unten in Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94 näher ausgeführt ist der verfassungsrechtliche Zustimmungsbegriff weiter als der einfachgesetzliche Zustimmungsbegriff.<sup>210</sup> Daraus folgt, dass die Zustimmung des § 1 Abs 2 DSG 2000 nicht unbedingt die Voraussetzungen des § 4 Z 14 DSG 2000 erfüllen muss, weil es für den Betroffenen noch andere Möglichkeiten abseits der Willenserklärung gibt, seine Rechtslage zu gestalten<sup>211</sup>. Diese Gestaltungsmittel müssen daher – da sie nicht von der Legaldefinition des § 4 Z 14 DSG 2000 umfasst sind – auch nicht, die dort angeführten Voraussetzungen erfüllen. Trotzdem könnte – und wird bis heute auch immer wieder<sup>212</sup> –

---

206 AB 1024 BlgNR 14. GP 4.

207 AB 1024 BlgNR 14. GP 4.

208 Das Vorliegen eines Ausgestaltungsvorbehaltes hat der VfGH in VfSlg 15.063/1997 für Art 117 Abs 2 B-VG sowie in VfSlg 11.548/1987 und 12.194/1989 für § 1 Abs 3 und 4 DSG bejaht.

209 VfSlg 11.548/1987.

210 Vgl unten Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94.

211 Eine Übersicht über die zur Verfügung stehenden Gestaltungsmittel ist unten in Kap 6.2, Willenserklärung des Betroffenen 156 zu finden.

212 Dass etwa die verfassungsrechtlich vorgesehene Zwangsfreiheit aus der Legaldefinition des § 4 Z 14 DSG 2000 abgeleitet wird, mag zum Einen damit zusammenhängen, dass die beiden Bestimmungen der §§ 1 Abs 2 und 4 Z 14 zugleich beschlossen wurden – ihre Gesetzgeber somit formell ident

die Frage aufgeworfen werden, ob bzw inwieweit der verfassungsrechtliche Begriff der Zustimmung (§ 1 Abs 2 DSG 2000) die einfachgesetzlichen Gültigkeitsvoraussetzungen, wie etwa die Freiheit von Zwang umfasst. Zur Beantwortung dieser Frage muss geklärt werden, wie einfachgesetzliche Regelungen etwa des § 4 Z 14 DSG 2000 auf grundrechtliche Bestimmungen beispielsweise des § 1 Abs 2 DSG 2000 rückwirken können. Hierbei handelt es sich um einen Fall der Konkretisierung von Grundrechten durch einfaches Gesetzesrecht, dem zu Unrecht nur geringe Bedeutung<sup>213</sup> beigemessen wird.

Auch die Frage ob einfachgesetzliche Bestimmungen die verfassungsgesetzlichen Eingriffsermächtigungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 ausschließen dürfen hat seine theoretische Grundlage in der Frage nach der Ausgestaltung von Grundrechten durch untergeordnete Normen.

#### 4.3.1. Allgemeines zur Bestimmung des Regelungsinhaltes von Grundrechten

Die Prüfung der Verfassungskonformität von einfachgesetzlichen Bestimmungen am Maßstab beispielsweise des Grundrechts auf Datenschutz setzt eine Vorstellung vom Inhalt des jeweiligen Grundrechts voraus. Nur so ist es möglich den Inhalt des zu prüfenden Gesetzes mit dem Inhalt des Grundrechts zu vergleichen und allfällige Divergenzen als Grundrechts- und somit Verfassungswidrigkeiten der einfachgesetzlichen Norm auszuweisen. *„Soweit eine inhaltliche Vorausbestimmung aus dem vorgeordneten (Verfassungs-)Recht nicht nachweisbar ist, soweit also der einfache Gesetzgeber einen Gestaltungsfreiraum vorfindet, kann auch sein Handeln an Normen höherer Stufe nicht gemessen werden. Der Gesetzgeber findet einen Freiraum autonomer politischer Entfaltung vor“*.<sup>214</sup>

---

waren – und zum Anderen, dass bis dato keine Unterscheidung des verfassungsrechtlichen und des einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriffs – abgesehen von der eigenen Darstellung (FN 491) – stattgefunden hat.

213 Vgl. Berka, ZÖR 54, 33, der meint, dass „[d]er mehrdeutige Begriff der Konkretisierung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht [...] in der österreichischen Grundrechtsdogmatik und in der Grundrechtsjudikatur keine besondere Rolle“ spielt.

214 Stoll, ÖStZ 1989, 189. Der Verfassungsgerichtshof spricht idZ auch vom „rechtspolitischen Gestaltungsspielraum“ des Gesetzgebers. Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot 67 sieht diesen Gestaltungsspielraum im Zuge der Entwicklung des Sachlichkeits- und des

Die konkrete Bedeutung einer verfassungsrechtlichen Bestimmung wird auf Grund des hohen Abstraktionsniveaus derartiger Regelungen nur in den seltensten Fällen unmittelbar dem Normtext selbst entnommen werden können. In der Regel ist hier der Verfassungsrechtsanwender gefragt, Tatbestand<sup>215</sup> (Schutzbereich) und Rechtsfolge zu ermitteln. Zu diesem Zweck steht eine Reihe von Auslegungsmethoden zur Verfügung<sup>216</sup>, da „die Allgemeinheit nicht Beliebiges, sondern inhaltlich Bestimmbares“ bedeutet.<sup>217</sup> Da hier sehr bald die zweite Stufe der rechtswissenschaftlichen Interpretation<sup>218</sup> – dh die Auswahl unter den möglichen Deutungsweisen des Normtextes – erreicht wird, drängt sich die Heranziehung der Rechtsordnung als Wertordnung<sup>219</sup> zur weitgehenden Rationalisierung auch dieser zweiten Stufe förmlich auf.

Der eingangs erwähnte Prüfprozess ist somit keine Einbahnstraße – vielmehr arbeiten der Verfassungsgerichtshof und der Gesetzgeber gemeinsam immer deutlichere Konturen des betreffenden Grundrechts heraus: der Gesetzgeber schafft neues Recht – der Verfassungsgerichtshof<sup>220</sup> hebt verfassungswidrige Bestimmungen auf. Dieser Vorgang ist kein Spezifikum des Datenschutzrechts, sondern generalisierbar und ein anschauliches Beispiel für die Einwirkung einfachgesetzlicher Bestimmungen auf Verfassungsrecht im formellen Sinn.<sup>221</sup>

#### 4.3.2. Die Bestimmung des Regelungsinhaltes im Bereich des Grundrechts auf Datenschutz

Die Materialien<sup>222</sup> zum DSG 2000 gehen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den

---

Verhältnismäßigkeitsgebots als abnehmend an, wenn er meint: »Der „Gestaltungsspielraum“ der Rechtssetzung ist geschmolzen; die verfassungsgerichtliche Kontrollintensität hat zugenommen.«

215 Zum Begriff des Tatbestands vgl *Winkler*, Raum und Recht (1999) 139 mwN.

216 Vgl *Ossenbühl*, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation in HGR I, § 15.

217 *Winkler*, Wertbetrachtung 46.

218 *Korinek* nennt diese in *Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht in FS *Walter*, (363) 366 „Auswahl unter Normhypothesen“.

219 Vgl *Winkler*, Wertbetrachtung 40.

220 Ob dieser Funktion wird der Verfassungsgerichtshof auch als „negativer Gesetzgeber“ bezeichnet (vgl *Schulev-Steindl*, Rechte 171).

221 Zur Frage der Relevanz der einfachgesetzlichen Legaldefinition des § 4 DSG 2000 für die Auslegung der Grundrechtsbestimmung (§ 1 DSG 2000) vgl *Duschanek* in *Korinek/Holoubek*, Rz 19 zu § 1 DSG 2000.

222 ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP

verfassungs- und den einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG 2000, davon aus, dass das Grundrecht, „in umfangreichen einfachgesetzlichen Bestimmungen (§§ 4 bis 64) ausgeführt wird“. Der Oberste Gerichtshof wendet die einfachgesetzliche Legaldefinition des § 4 Z 14 DSG 2000 auf die Auslegung des Grundrechts gemäß § 1 DSG 2000 an.<sup>223</sup> Die Datenschutzgesetz-Novelle 1986<sup>224</sup> hat den Einleitungssatz von § 3 DSG zu den Legaldefinitionen dahingehend abgeändert, dass diese nicht mehr wie ursprünglich<sup>225</sup> für das gesamte Datenschutzgesetz, sondern nur noch für den einfachgesetzlichen Teil gelten. Diese Diktion wurde übrigens bis heute in § 4 erster Satz DSG 2000 beibehalten.

*Dohr/Pollirer/Weiss* sehen die „Legaldefinitionen des [einfachgesetzlichen Teils] für die Auslegung nur bedingt<sup>226</sup> tauglich, da es verfassungsdogmatisch bedenklich wäre, den Inhalt des Grundrechtes durch einfachgesetzliche Vorschriften zu determinieren, sofern das Grundrecht nicht einen Ausführungsvorbehalt trifft, was für den Geheimhaltungsschutz nicht, wohl aber für das Grundrecht auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung der Fall ist. Im Übrigen [schließt] der Einleitungssatz zu § 4 [die] Übernahme dieser Definitionen in die Begriffswelt des Grundrechtes aus“.<sup>227</sup>

*Kotschy*<sup>228</sup> erläutert zur gleichlautenden Bestimmung des § 3 DSG, „daß § 3 als einfachgesetzliche Bestimmung, die Begriffe, die in dem im Verfassungsrang stehenden Grundrecht verwendet werden, nicht legaliter definiert. Dennoch besteht aber eine gewisse Rückwirkung[, die] in der gemeinsamen Erlassung von Grundrecht und einfachgesetzlichen Bestimmungen der Stammfassung des DSG begründet [liegt], wodurch infolge der Identität von Grundrechtsgesetzgeber und einfachgesetzlichem Normsetzer im DSG auch der einfachgesetzliche Teil zur Interpretation herangezogen werden darf“<sup>229</sup>.

---

223 Zuletzt OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t.

224 BGBl Nr 1986/370.

225 Bis zur Fassung BGBl Nr 1982/577.

226 Inwieweit die einfachgesetzlichen Legaldefinitionen zur Interpretation des Grundrechts herangezogen werden können, wird an dieser Stelle leider nicht beantwortet. Allerdings sehen *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar Datenschutzrecht<sup>2</sup>, 23 die Heranziehung der Zustimmungsdefinition (§ 4 Z 14 DSG 2000) zur Auslegung des Grundrechts als zulässig an.

227 *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzrecht 20 f.

228 *Kotschy*, Kommentierung zu § 3, 1 in *Matzka* (Hrsg), Datenschutzrecht für die Praxis.

229 Ebenso *Rill*, Das Grundrecht auf Datenschutz, in *Duschanek* (Hrsg) Datenschutz in der Wirtschaft (1981) 17. Auch die ErläutRV 1423 BlgNR 13. GP 16 zur ersten Regierungsvorlage des DSG

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst<sup>230</sup> übernimmt das Verbot von Zwang und die jederzeitige Widerrufbarkeit auch für den verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff – letzteres ist aber aus noch dazulegenden Gründen<sup>231</sup> abzulehnen.

Geht man zeitlich noch weiter zurück, so findet man die Ansicht *Stadlers* aus dem Jahr 1979, wonach „das DSG formal nicht anders zu behandeln sein wird als das Vereinsgesetz, zu dem vom VfGH die alleinige Entscheidungslegitimation behauptet wird, da es sich immer um mit dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht zusammenhängende Fragen handelt“<sup>232</sup>. *Stadler* geht mit anderen Worten von einem Feinprüfungsgrundrecht aus, bei dem „auch 'einfache Gesetzeswidrigkeiten' als Verstöße gegen spezifisches Verfassungsrecht angesehen werden“<sup>233</sup> und daher die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs bedingen. Dass dem nicht so ist, zeigt einerseits § 1 Abs 3 DSG 2000 der die Ausgestaltung nur für das Auskunftsrecht und das Recht auf Richtigstellung und Löschung vorsieht und andererseits ein Blick in den aktuellen § 40 Abs 2 DSG 2000, der den Instanzenzug zum VwGH vorsieht.

Der Verfassungsgerichtshof<sup>234</sup> nimmt eine Mittelposition ein, indem er das Grundrecht schon auch durch Verletzungen des einfachgesetzlichen Teil als verletzt anerkennt:

*„Das Grundrecht auf Datenschutz wird zwar nicht durch jeden Fehler bei der Anwendung des DSG verletzt, doch können Verletzungen dieses Grundrechtes auch bei der Vollziehung dieses – das Grundrecht auf Datenschutz für den Bereich der automationsunterstützten Datenverarbeitung konkretisierenden – Gesetzes auftreten (vgl. VfSlg. 11548/1987).“*

---

verweisen hinsichtlich der in einem Grundrechtsentwurf „erwähnten Termini der Datenverarbeitung [...] auf die Begriffsbestimmungen in und die Erläuterungen [zum einfachgesetzlichen] § 2 der Regierungsvorlage“.

230 Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 3: „Die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs wird – ähnlich wie das Zwangsverbot (2.3) – auch dem verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff des § 1 Abs. 2 zu unterstellen sein und ist daher verfassungsrechtlich geboten.“

231 S unten Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94.

232 *Stadler*, JBI 1979, 363. *Stadler* verweist idZ auf folgende Judikate des VfGH: VfSlg 1458, 1735, 2057, 2620, 3956 und 4411.

233 *Berka*, Grundrechte Rz 112.

234 VfGH VfSlg 12.194/.

Hinsichtlich des Ausschlusses verfassungsgesetzlicher Eingriffsermächtigungen geht das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst für die Zustimmung<sup>235</sup> zu Recht von der Unzulässigkeit eines generellen Ausschlusses auf einfachgesetzlicher Ebene aus. Der Ausschluss der überwiegenden berechtigten Interessen – wie ihn der OGH festgestellt hat – wird für die sensiblen Daten auch zulässig sein, da auf europarechtlicher Ebene (Art 8 Abs 1 DS-RL) ein grundsätzliches Verwendungsverbot besteht. Allerdings bestehen Ausnahmen (Abs 2 leg cit) die um weitere Ausnahmen (Abs 4 leg cit) auf einfachgesetzlicher Ebene erweitert werden können. Auch das ist in Österreich möglich, da spätere oder speziellere einfachgesetzliche Bestimmungen dem § 9 DSG 2000 vorgehen würden.

#### 4.3.3. Wechselwirkung mit anderen Grundrechten

Mit der Frage nach Art und Umfang der gegenseitigen Beeinflussung (müsste man nicht sagen Beschränkung) von Grundrechten eng verbunden ist die Frage nach dem Ausmaß der Beeinflussung. Sind die Wirkungen in beide Richtungen gleich groß? Wenn nein, kann man von einer Über- und Unterordnungsverhältnis sprechen, insofern als die übergeordnete Norm mehr Einfluss auf die untergeordnete Norm, als diese ihrerseits auf die übergeordnete, auszuüben vermag?

Für das Grundrecht auf Datenschutz ist eine Unterordnung unter das Recht auf Leben (Art 85 B-VG, Art 2 EMRK, 13. ZP-EMRK – bzw „lebenswichtige Interessen“) in § 1 Abs 2 DSG 2000 explizit vorgesehen. Das Verhältnis zu anderen Grundrechten ist im Wege der (Interessen)abwägung festzustellen.<sup>236</sup> Nach *Berka* ist der Gesetzgeber überdies „gehalten, einen materiellen Ausgleich zwischen den gewährleisteten Freiheiten und den entgegenstehenden Gemeinwohlinteressen anzustreben“.<sup>237</sup> Das Bestehen entgegengesetzter (verfassungsrechtlicher) Positionen alleine, genügt für die Zulässigkeit eines Eingriffs nicht, weil in der Konsequenz das Grundrecht auf Datenschutz dann jedem beliebigen Rechtsgut weichen müsste.<sup>238</sup>

---

235 Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 2: „Im Bereich der nicht-sensiblen Daten scheint ein genereller Ausschluss der Möglichkeit zur Zustimmung auf einfachgesetzlicher Ebene nicht zulässig.“

236 IdS auch *Hanreich* in *Duschanek* 83.

237 *Berka*, Der Freiheitsbegriff des „materiellen Grundrechtsverständnisses“ in FS *Schambeck*, 342.

238 Ähnlich *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen, JBI 1983, 281 (289).

## **4.4. Die unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz**

### **4.4.1. Allgemeines zur Drittwirkung**

Der Gesetzgeber des DSG hielt die Gefährdung des Grundrechts durch Private ebenso für wahrscheinlich, wie durch den Staat.<sup>239</sup> Nur so ist es verständlich, dass er den Anwendungsbereich des Grundrechts auf Datenschutz auch auf privatrechtliche Sachverhalte ausdehnte<sup>240</sup>, was in der österreichischen Terminologie als Drittwirkung<sup>241</sup> bezeichnet wird. Diese explizite Ausstattung mit Drittwirkung ist die erste<sup>242</sup> und bisher einzige in der österreichischen Rechtsordnung. Die Diskussion über die Anwendung der Grundrechte im Privatrecht wird seit langem sehr kontrovers geführt. Bereits 1963

---

239 Vgl idS die Initiativanträge der ÖVP zum DSG (IA 125/A II-3586 BlgNR 13. GP 2 = IA 21/A II-442 BlgNR 14. GP 2), wonach „*Mißbräuche [...] nicht allein von der öffentlichen Verwaltung [kommen], es werden auch Klagen über den Datenmißbrauch in der Privatwirtschaft laut.*“

240 Serozan, Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken, JBI 1983, 561 (563) sieht das „*Sozialstaatsprinzip der Verfassung, seine gesamten Ausstrahlungen (sog mittelbare oder unmittelbare Drittwirkungen) auf dem Privatrechtssektor*“ als „*korrigierende und umstrukturierende Eingriffe in die Automatik des laissez-faire-Liberalismus*“ um „*den Dysfunktionen, den sozial Mißständen des Warentausches [...] entgegenzusteuern*“.

241 Zum Begriff der Drittwirkung, vgl Berka, Grundrechte; Öhlinger, Walter/Mayer – für Deutschland etwa Ruffert, Vorrang 8 ff. Die Diskussion über die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten wird schon lange und zum Teil erbittert geführt. Kritik an der Reduktion der Grundrechte bloß auf ihre Abwehrfunktion gegenüber dem Staat äußert etwa Schambeck, JBI 1980, 234. Allgemein zur Drittwirkung: F Bydlinski, Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht in Rack, Grundrechtsreform (1985) 173; Freisinger, Drittwirkung der Grundrechte unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechts auf Datenschutz, DiplA Uni Innsbruck (1990); Griller, Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private, JBI 1992, 205 und 289; Griller, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1, 109; Mayer, Der „Rechtserzeugungszusammenhang“ und die sogenannte „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBI 1990, 768; Mayer, Nochmals zur sogenannten „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBI 1992, 768; Münch, Zur Drittwirkung der Grundrechte (1998); Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (2007); Nießen, Die Wirkung der Grundrechte im deutschen und italienischen Privatrecht (2004); Novak, Zur Drittwirkung der Grundrechte, EuGRZ 1984, 133; Wilhelm, Carolines Privatsphäre – Zur Drittwirkung europäischer Grundrechte, eolex 2004, 671.

242 Stadler, JBI 1979, 361.



vertrat *Bydlinski*<sup>243</sup> die Idee der mittelbaren Drittwirkung. Auch der OGH<sup>244</sup> scheint dieser Ansicht zu sein. *Wilhelm* hingegen sieht „*die Theorie von der mittelbaren Drittwirkung der nationalen Grundrechte auf einer ganz fundamentalen petitio principii*“ beruhend<sup>245</sup>. Daneben gibt es Stimmen<sup>246</sup>, die von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ausgehen und eine nach wie vor namhaft besetzte Gegnerschaft<sup>247</sup> jeglicher Drittwirkung. Für das Grundrecht auf Datenschutz wurde sogar die Einzelmeinung<sup>248</sup> vertreten, dass – trotz ausdrücklicher verfassungsgesetzlicher Anordnung – diesem keine unmittelbare Drittwirkung zukäme.

Die Drittwirkungsdiskussion ist eigentlich nur eine verschleierte Diskussion über eine Hierarchie der Grundrechte. Letztendlich spitzt sich die Frage auf eine Gegenüberstellung der Unverletzlichkeit des Eigentums und der anderen Grundrechte zu. Denn lehnt man jegliche Drittwirkung konsequent ab, so verhilft dies der Privatautonomie, die ihrerseits verfassungsgesetzlich gewährleistet ist (Art 5 StGG), zum Durchbruch. Beschneidet man letztere jedoch im Sinne der anderen Grundrechte, nimmt man im landläufigen Sinn eine Drittwirkung der Grundrechte an. Es zeigt sich also, dass eine Drittwirkung in letzter Konsequenz gar nicht abgelehnt werden kann, da sowohl bei der vordergründigen Annahme als auch Ablehnung der Drittwirkung, jedenfalls grundrechtlich geschützten Positionen zum Durchbruch verholfen wird. Die

---

243 *F Bydlinski*, Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht, ZÖR 12 (1963) 423.

244 „Infolge der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte darf ungeachtet der Vorschrift des § 25 Abs 2 GSpG der Ausschluß eines Spielers nicht willkürlich erfolgen. Willkür liegt nicht nur dann vor, wenn der Ausschluß aus vom Verfassungsgesetzgeber mißbilligten subjektiven Gründen (etwa wegen der Hautfarbe oder der Nationalität) erfolgt, sondern auch dann, wenn die angegebenen Gründe nicht nachvollziehbar sind“ (OGH 15.4.1998, 3 Ob 2440/96m; 19.1.1999, 1 Ob 214/98x).

245 *Wilhelm*, Carolines Privatsphäre – Zur Drittwirkung europäischer Grundrechte, *ecolex* 2004, 671.

246 *Wilhelm*, *ecolex* 2004, 673, nimmt keine mittelbare sondern unter Bezugnahme auf die Judikatur des EuGH (insbesondere *Schmidberger*, Rs C-112/00, sowie *Defrenne*, Rs 43/75 und *Angonese*, Rs C-281/98) eine unmittelbare Drittwirkung der europäischen Grundrechte an: „Um der Säumnis der MS [Anm: Mitgliedstaaten] schon vorbereitend zu begegnen, sollte der Grundfreiheit schon a priori unmittelbare Drittwirkung zukommen.“ Nach *Wilhelm*, *ecolex* 2004, 671 umfassen die europäischen Grundrechte die „Grundrechte der MRK (neben jenen Grundrechten, die den Verfassungen aller MS gemein sind)“.

247 Insbesondere *Mayer*, Der „Rechtserzeugungszusammenhang“ und die sogenannte „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBI 1990, 768; *Mayer*, Nochmals zur sogenannten „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBI 1992, 768.

248 *Duschaneck*, Geheimnisschutz und Datenschutzgesetz, in *Ruppe* (Hrsg) Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 295 (303).

Wirkung der Grundrechte in das Privatrecht hinein, kann somit nicht endgültig ausgeschlossen werden. Offen bleibt aber noch wo der Schwerpunkt zu setzen ist: ob also die Privatautonomie den anderen Grundrechten übergeordnet werden soll oder nicht? Ist die Privatautonomie übergeordnet, besteht keine Drittwirkung im herkömmlichen Sinn, da die Parteien sich kraft ihrer Privatautonomie immer über den Inhalt der Grundrechte hinwegsetzen können („ius dispositivus“). Ist die Privatautonomie untergeordnet, können die Parteien ihren Willen nie über das Gesetz stellen („ius cogens“) und bei Gleichrangigkeit gibt es Fälle der Unterordnung und solche der Überordnung der Privatautonomie. Die Realität zeigt, dass es sowohl dispositive als auch zwingende Bestimmungen im Privatrecht gibt – der Gesetzgeber also von einer Gleichrangigkeit der Privatautonomie und den anderen Grundrechten ausgeht. Dies deckt sich auch mit der in Österreich vertretenen Ansicht, dass es keine Über- und Unterordnung der Grundrechte gibt. Es ist daher grundsätzlich von keiner unmittelbaren Geltung der Grundrechte im Privatrecht auszugehen. Der Gesetzgeber kann zwar Verbote, mit dem selben Schutzzweck der Grundrechte erlassen – wo er es nicht getan hat, ist allerdings ein Vorrang der Privatautonomie im Rahmen der einfachen Gesetze anzunehmen<sup>249</sup>. Die öffentliche Hand unterliegt bei privatrechtlicher Tätigkeit allerdings immer den grundrechtlichen Anforderungen.<sup>250</sup>

#### 4.4.2. Mittelbare und unmittelbare Drittwirkung

Je nachdem ob Grundrechtsnormen unmittelbar oder mittelbar zB über privatrechtliche Normen oder unbestimmte Gesetzesbegriffe Rechtsverhältnisse zwischen Privaten beeinflussen, wird zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung unterschieden. Für beide Positionen können Argumente vorgebracht werden, wobei in Österreich und Deutschland die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung als herrschend anzusehen ist.

Für die unmittelbare Drittwirkung werden vorgebracht:

1. *„der positive Gehalt der Grundrechte erfordere ihre allseitige Absicherung und ihren umfassenden Schutz“*<sup>251</sup>
2. *der „Bedeutungswandel [da sie nun] nicht nur als Abwehrrechte vor der Macht des Staates, sondern auch vor Dritten in gesellschaftlichen Zusammenhängen,*

---

249 S dazu bereits oben Kap 1.3.6, Die „natürliche Freiheit“ 32.

250 OGH 18.12.1992, 6 Ob 563/92.

251 *Ruffert*, Vorrang 12.

namentlich vor 'sozialen Gewalten' schützen<sup>252</sup> sollen sowie

3. „die historische Interpretation der Grundrechte als allseitige[...] Rechte“<sup>253</sup>.

Für die mittelbare Drittwirkung werden im Wesentlichen auch drei Argumente vorgebracht und zwar:

1. die „Gleichrangigkeit der Privatrechtssubjekte als Grundrechtsträger“<sup>254</sup>,
2. die „Schrankensystematik der Grundrechte[, da] die Einschränkung der Grundrechte Private [...] in der Verfassung [...] nicht geregelt“<sup>255</sup> sei sowie
3. die „historische[...] Situation der Entstehung der Grundrechte [...] als wirksame[...] Abwehrrechte gegen den Staat“<sup>256</sup>.

Den Ausschlag zu Gunsten der Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zumindest in Deutschland hat das Urteil *Lüth*<sup>257</sup> des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 15. Jänner 1958 gegeben.

#### 4.4.3. Auswirkungen der unmittelbaren Drittwirkung auf den materiellen Eingriffsvorbehalt des Grundrechts auf Datenschutz

Die mittelbare Drittwirkung kann entweder über im Privatrecht enthaltene Generalklauseln, die quasi als „Einfallstore“ fungieren, wirken oder insofern, als die objektive Geltung der Grundrechte auch eine Bindung des einfachen Gesetzgebers<sup>258</sup> umfasst und sohin auch die privatrechtlichen Gesetze grundrechtskonform sein müssen<sup>259</sup>. Demgegenüber sind bei der unmittelbaren Drittwirkung nicht

---

252 Ruffert, Vorrang 12.

253 Ruffert, Vorrang 13.

254 Ruffert, Vorrang 14.

255 Ruffert, Vorrang 14.

256 Ruffert, Vorrang 14.

257 BVerfGE 7, 198, <http://www.servat.unibe.ch/law/dfr/bv007198.html> (17.6.2009).

258 Vgl zu diesem in Deutschland als Ausstrahlwirkung bezeichneten Phänomen etwa Ruffert, Vorrang 65, wonach „dieser Begriff zum Ausdruck [bringt], daß der Wertgehalt der Grundrechte ähnlich wie Strahlen von den Grundrechten ausgeht und das einfache Recht durchdringt. [... Demnach sind auch] Richter verpflichtet, Grundrechte bei der Interpretation des Privatrechts zu beachten.“

259 IdZ darf darauf hingewiesen werden, dass der VfGH gelegentlich auch Bestimmungen des Privatrechts wegen Verstoßes gegen verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte aufhebt – so geschehen zB in VfSlg 17.135/2004 (§ 72 EheG), VfSlg 17.091/2003 (MRG), VfGH 28.6.2003, G78/00 (§§ 156 ff ABGB), VfSlg 15.031/1997 (§ 139 ABGB). Zur Rechtslage in Deutschland siehe Ruffert, Vorrang 90.

einfachgesetzliche sondern gleich die verfassungsgesetzlichen Grundrechtsbestimmungen anzuwenden.

Damit drängt sich aber die Frage auf, ob die unmittelbare Drittwirkung eine (erhöhte) gesetzliche Determinierung auch für Private bedingt, da bei unmittelbarer Anwendbarkeit der Grundrechtsnormen nicht nur die Zahl der Verbotsnormen steigt – von denen Ausnahmen wohl der Gesetzesform bedurften – sondern mit der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 2 DSG 2000 grundsätzlich auch der materielle Eingriffsvorbehalt anzuwenden ist.

Einerseits wird der Anwendungsbereich des Grundrechts nahtlos auf Private übertragen (umfassender Schutzbereich des Grundrechts auf Datenschutz), andererseits fehlt im privaten Bereich eine dem § 1 Abs 2 DSG 2000 oder Art 18 Abs 1 B-VG entsprechende Vorschrift, die die Determinierung der Verwendung von Daten auf gesetzlicher Ebene verpflichtend vorsähe. So verwundert es nicht, dass speziell im privaten Bereich die Zustimmung – die in § 1 Abs 2 DSG 2000 neben dem Gesetz und den lebenswichtigen Interessen des Betroffenen als gleichwertige Eingriffsermächtigung aufgezählt wird – überaus beliebt ist, da sie als schriftliches „Anerkenntnis“ gleichsam den schriftlichen Gesetzestext ersetzt.

Bevor von einer Ausdehnung des materiellen Gesetzesvorbehalts auf Private gesprochen werden kann, sei klargestellt, dass § 1 Abs 2 DSG 2000 dies bloß bei Eingriffen durch staatliche Behörden fordert. fordert bei Eingriffen durch staatliche Behörden<sup>260261</sup> für den dritten Eingriffsfall – das Überwiegen berechtigter Interessen – eine zusätzliche formelle und materielle Voraussetzung: nämlich das Vorliegen eines Gesetzes, das den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Anforderungen entspricht. Interessant ist, dass nach der Judikatur des EGMR unter den Begriff „Gesetz“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK auch ungeschriebenes Recht fällt – der Begriff „Gesetz“ ist stets in seinem

---

260 Zum Begriff der staatlichen Behörde, vgl *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzrecht § 1 Anm 14, 24; *Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000 in FS *Schäffer* (2006) ; insbesondere *Pürgy/Zavadil*, Die „staatliche Behörde“ im Sinne des § 1 Abs 2 DSG 2000, in *Bauer/Reimer* (Hrsg) Handbuch Datenschutzrecht (2009) .

261 Hier stellt sich die von *Bleckmann*, Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, 57 (60) aufgeworfene „wichtige Frage, ob, wenn ein privat- oder verwaltungsrechtlicher Vertrag die Grundrechte der Vertragsparteien einschränkt, der Gesetzesvorbehalt nicht die Folge begründet, daß der Inhalt dieser Verträge durch ein Gesetz präzise bestimmt werden muß“ nicht, da der Gesetzesvorbehalt ausdrücklich nur für Eingriffe staatlicher Behörden gilt.

materiellen und nicht in seinem formellen Sinn zu verstehen.<sup>262</sup> So hat auch der VfGH<sup>263</sup> – allerdings nicht in Zusammenhang mit einem Grundrechtseingriff – festgestellt, dass es „*verfassungsrechtlich unbedenklich [ist], wenn die durch diese Vorschrift<sup>264</sup> dem einfachen (Bundes-)Gesetzgeber erteilte Ermächtigung (s. etwa VfSlg. 4591/1963) durch eine unmittelbar auf einer Verfassungsnorm beruhende Verordnung ausgeübt wird*“. Die Ansicht, dass auch ungeschriebenes Recht als Gesetz iSd Art 8 Abs 2 EMRK anzusehen ist, ist als spezifiziert durch das österreichische Determinierungsgebot (Art 18 bzw 83 E-VG) anzusehen. Wichtig ist allerdings, dass innerstaatliche Rechtsgrundlagen zugänglich und vorhersehbar sind.<sup>265</sup>

Der Eingriffstatbestand des Art 8 Abs 2 EMRK „Verteidigung der Ordnung“ umfasst ua auch die Aufklärung bereits geschehener Straftaten.<sup>266</sup> Die Einrichtung einer „Geisteskrankenkartei“ ist im Hinblick auf Art 8 Abs 2 EMRK zum Schutz der Gesundheit des Betroffenen und der Allgemeinheit vor Gefahren legitim.<sup>267</sup>

Angesichts fortschreitender Ausgliederung<sup>268</sup> ursprünglich staatlicher Aufgaben an Private und der zunehmenden Bildung transnationaler Konzerne im Wirtschaftsleben („big-players“) erscheint diese Ungleichbehandlung hinsichtlich des gesetzlichen Eingriffsvorbehalts zumindest überdenkenswert. Denn nicht die Eigenschaft als Staat per se, sondern seine (wirtschaftliche) Übermacht gegenüber dem Einzelnen hat in der historischen Betrachtung zur Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens und in Österreich insbesondere zur Entwicklung des – vergleichsweise strengen – Determinierungsgebots des Art 18 B-VG geführt. Dieses bestimmt, dass der Staat „*nur auf Grund der Gesetze handeln, der Einzelne und die Gesellschaft nicht gegen die Gesetze verstoßen*“<sup>269</sup> dürfen.

262 EGMR 25.3.1998, Kopp v Switzerland.

263 VfSlg 12.281/1990.

264 Gemeint ist die in Art 102 Abs 3 B-VG vorgesehene Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers Angelegenheiten der unmittelbaren Bundesverwaltung der mittelbaren Bundesverwaltung zuzuordnen.

265 EGMR 20.6.2000, Foxley v United Kingdom.

266 OGH 23.4.1991, 14 Os 20/91.

267 DSK 5.10.1999, 120.667/8-DSK/99.

268 Vgl die Übersicht über die Ausgliederung zum 1. Oktober 2003 in *Bundesministerium für Finanzen*, Ausgliederungshandbuch (2003) 18, <https://www.bmf.gv.at/Publikationen/Downloads/BerichteBilanzen/Ausgliederungshandbuch.pdf> (10.9.2009).

269 Schambeck, JBI 1980, 231.

Positivrechtlich ist die Frage, ob der materielle Gesetzesvorbehalt des § 1 Abs 2 DSG 2000 auch auf (bestimmte) Private ausgedehnt werden kann, mit einem klaren „Nein“ zu beantworten. Auch die in § 1 Abs 5 DSG 2000 normierte unmittelbare Drittwirkung kann dazu nicht als Begründung herangezogen werden. Die unmittelbare Drittwirkung bedeutet zwar, dass das Grundrecht sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber Privaten geltend gemacht werden kann – daraus folgt aber nicht zwingend, dass das Grundrecht den gleichen Inhalt im öffentlichen wie privaten Bereich haben muss. Eben einer dieser vom Gesetzgeber gewollten Unterschiede ist der in § 1 Abs 2 DSG 2000 enthaltene differenzierte materielle Gesetzesvorbehalt. Mit Blick auf das nationale Recht ist daher eine Ausweitung des materiellen Gesetzesvorbehalts auch auf Private unzulässig.

Anders sieht es hingegen auf europäischer Ebene aus: Art 8 Abs 4 DS-RL bestimmt, dass eine Verarbeitung<sup>270</sup> von Daten, die über die in Art 8 genannten Fälle hinausgeht von den Mitgliedstaaten entweder durch eine „*nationale Rechtsvorschrift oder im Wege einer Entscheidung der Kontrollstelle*“<sup>271</sup> vorgesehen werden kann. Diese Bestimmung richtet sich nicht nur an staatliche Behörden, sondern kommt immer dann zur Anwendung, wenn die Verarbeitung<sup>272</sup> von sensiblen Daten nicht auf die in Art 8 DS-RL bereits vorgezeichneten Ausnahmetatbestände gestützt werden kann.

Die Idee, dass es sich bei Art 8 Abs 4 DS-RL um eine Ausdehnung des materiellen Gesetzesvorbehaltes des § 1 Abs 2 DSG 2000 auch auf Private hinsichtlich der Verwendung besonders schutzwürdiger Daten handelt, mag auf den ersten Blick befremden, da es sich einerseits um eine europarechtliche Bestimmung handelt und andererseits nicht von *Gesetz* sondern von *Recht* die Rede ist. Ein Blick in die englische Fassung der Datenschutzrichtlinie zeigt, dass der Begriff „*law*“ uneinheitlich übersetzt wurde. So ist in den Artikeln 11 Abs 2, 15 Abs 2 lit b, 16 und 26 Abs 1 lit f DS-RL in der englischen Fassung zwar von „*law*“ die Rede, nichts desto trotz wird dies im Deutschen mit „*Gesetz*“ übersetzt. Freilich wäre damit nicht viel gewonnen, denn durchsetzbar ist

---

270 Der Begriff „Verarbeitung“ wie er in der Datenschutzrichtlinie verwendet wird, entspricht dem nationalen Begriff „Verwendung“ des DSG 2000.

271 Das ist in Österreich gemäß § 38 DSG 2000 die Datenschutzkommission (im Internet unter <http://www.dsk.gv.at> zu finden).

272 Hier wird ausnahmsweise der Jargon der Datenschutzrichtlinie (vgl Art 2 lit b DS-RL) verwendet und an Stelle von *Verwenden* auf *Verarbeiten* abgestellt.

ein derartiges Versäumnis des einfachen Gesetzesgebers wohl kaum. Die Erläuterungen zu § 9 DSGVO 2000 gehen hingegen von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art 8 Abs 4 DS-RL aus.<sup>273</sup>

Dass die Umsetzung der Richtlinie auch sonst nicht vollständig und fehlerfrei erfolgte, zeigen *Jahnel*<sup>274</sup> und *Mayer-Schönberger/Brandl*<sup>275</sup>, wobei letztere in den Fällen der mangelhaften Umsetzung auch ausdrücklich von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der DS-RL – zumindest für den öffentlichen Bereich – ausgehen<sup>276</sup>.

Ob eine gesetzliche Grundlage für die Verwendung von Daten erforderlich ist oder nicht, hängt davon ab, ob:

1. die Verwendung der Daten für hoheitliche<sup>277</sup> Zwecke erfolgt und
2. sensible Daten verwendet werden.

#### 4.4.4. Zusammenhang zwischen unmittelbarer Drittwirkung und Interessenabwägung

Im Datenschutzrecht müssen Interessenabwägungen einerseits durch den einfachen Gesetzgeber getroffen werden, wenn er die in der „*Grundrechtsbestimmung gegebenen Gesetzesvorbehalte [ausfüllt]*“<sup>278</sup> und andererseits durch die Rechtsunterworfenen, wenn sie Daten verwenden. Dass die Interessenabwägung auch bei der Zustimmung zur Datenverwendung eine bedeutende Rolle spielt, wurde bereits an anderer Stelle<sup>279</sup>

---

273 ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP .

274 *Jahnel*, Datenschutzrecht in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg), Informatikrecht, 241 (254 bzw 267).

275 Vgl *Mayer-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz<sup>2</sup>, 34. Deren berechtigte Kritik an der Umsetzung wird leider dadurch geschmälert, dass sie in Zusammenhang mit Art 8 Abs 6 DS-RL in Fußnote 104 völlig verfehlt auf eine „Europäische DSK“ verweisen, die weder rechtlich vorgesehen noch tatsächlich eingerichtet ist. Wenn Art 8 Abs 6 DS-RL von der „Kommission“ spricht, sind damit nämlich weder die Gruppen nach Art 29 bzw 31 DS-RL noch die nationalen „unabhängigen Kontrollstellen“ – wie die Datenschutzkommissionen im Jargon der Richtlinie genannt werden – gemeint.

276 *Mayer-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz, 34ff.

277 *Stadler*, JBI 1979, 360, vermeinte 1979, dass „die Informationsweitergabe wie die Informationsverwendung keinen formellen Hoheitsakt darstellen[ ...] da sie [...] ohne die Ausübung hoheitlicher Zwangsgewalt erfolgen“.

278 *Stadler*, JBI 1979, 362.

279 Vgl unten Kap 4.6.3.1, Bedeutung der Interessenabwägung für die Beurteilung von Zustimmungen 98.

gezeigt – ebenso wie die Notwendigkeit die gesamte Rechtsordnung als Pool für berechnigte Interessen heranzuziehen.

In Zusammenhang mit der unmittelbaren Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz stellen sich damit nun folgende Fragen:

1. Sind Interessen, die in einer höherrangigen Norm verbrieft sind, vorrangig und damit als überwiegend iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 anzusehen?
2. Sind im Zuge der Interessenabwägung auch andere Grundrechte als jenes auf Datenschutz als berechnigte Interessen zu berücksichtigen oder statuiert die unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz einen Vorrang vor allen anderen Grundrechten?

#### 4.4.4.1. Gleichklang von Rang und Bedeutung im Zuge der Interessenabwägung

Es ist davon auszugehen, dass Interessen, die in ranghöheren Normen verbrieft sind, entgegenstehenden Interessen vorgehen, für die das nicht zutrifft. Eine Funktion etwa der verfassungsgesetzlichen Form besteht im Bestandschutz. Dadurch sollen als wichtig angesehene Bestimmungen vor Abänderung mit einfacher Mehrheit geschützt werden. Die Wahl der Rechtsform sagt – abgesehen von den Fällen des Rechtsformenmissbrauchs – nämlich sehr wohl etwas über die Bedeutung der dahinterstehenden Interessen aus.

#### 4.4.4.2. Mittelbare Ausdehnung der Drittwirkung auf andere Grundrechte über die Interessenabwägung

Mit der Einführung des DSG 2000 entfiel im § 1 Abs 2 der Grundrechtsbestimmung der letzte Satz. Dies ist insofern bedeutend, als dieser im Zweifel den Vorrang der Geheimhaltung vorsah. Über diese Schiene hätte man einen Vorrang des Grundrechts auf Datenschutz vor anderen Grundrechten argumentieren können und genau aus diesem Grund hat der Gesetzgeber des DSG 2000 diesen Satz gestrichen<sup>280</sup>. Es ist also nicht von einem Vorrang des Grundrechts auf Datenschutz vor anderen Grundrechten, sondern vielmehr von einer Gleichrangigkeit, dh „auf diesem Umweg [von] eine[r] gewisse[n] Drittwirkung auch anderer Grundrechte als des Grundrechts auf

---

280 ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 35: „Der bisherige Text des letzten Satzes des Abs. 2 wurde hingegen gestrichen, da er insofern problematisch ist, als er einen Vorrang des Grundrechts auf Datenschutz vor anderen Grundrechten zu implizieren scheint, was nicht zu rechtfertigen wäre“.



*Datenschutz*<sup>281</sup> auszugehen. Der beschriebene Umweg besteht darin, dass bei der Interessenabwägung auch andere Grundrechte zu berücksichtigen sind. Auf Grund des höheren Rangs der Norm setzen sich in Verfassungsbestimmungen verankerte Interessen gegenüber anderen – in untergeordneten Normen – verankerten Interessen durch. Auf diese Weise findet etwa der grundrechtliche Schutz des Eigentums auch Berücksichtigung bei Interessenabwägungen im Arbeitsrecht, wo einander Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen gegenüber stehen können.<sup>282</sup>

#### 4.4.5. Auswirkungen der unmittelbaren Drittwirkung auf die Beachtlichkeit von Willensmängeln

*Malacrida*<sup>283</sup> plädiert für die Beachtlichkeit des Motivirrtums, sofern der Staat Empfänger einer Verzichtserklärung ist. Diese Ansicht steht nicht nur in Widerspruch zu der schweizerischen<sup>284</sup> Zivilrechtsdogmatik, sondern auch zur österreichischen, da Motivirrtümer nur in ganz speziellen Situationen etwa wenn der Beweggrund ausdrücklich zur Bedingung gemacht wird<sup>285</sup>, bei Schenkungen<sup>286</sup> oder bei Offenlegung der Kalkulation<sup>287</sup> beachtlich sind. Nach hA liegt ein Motivirrtum vor, „*wenn der Erklärende über außerhalb des Geschäftsinhaltes im Vorfeld des psychologischen Willensentschlusses liegende Umstände irrt*“<sup>288</sup>.

Auf Grund der unmittelbaren Drittwirkung bewirkt können die von der Zivilrechtsdogmatik ausgearbeiteten Grundsätze für Motivirrtümer auch auf Zustimmungserklärungen angewandt werden. Wenn also die Duldung des Eingriffs unentgeltlich erfolgt, könnte ein allfälliger Motivirrtum schon beachtlich sein. Fraglich ist allerdings nur inwiefern die Beachtlichkeit eines Motivirrtums vor dem Hintergrund der jederzeitigen Widerrufbarkeit relevant ist, da die Beachtlichkeit bloß die Anfechtbarkeit des Vertrags zu Folge hat<sup>289</sup> und de facto eine mit der Anfechtbarkeit vergleichbare

281 *Hanreich* in *Duschanek* 83 f.

282 Vgl dazu *Kotschy/Reimer*, Die Überwachung der Internet-Kommunikation am Arbeitsplatz, ZAS 2004, 167.

283 *Malacrida*, Grundrechtsverzicht 30 f.

284 *Malacrida*, Grundrechtsverzicht 30.

285 OGH 13.3.1957, 2 Ob 678/56.

286 OGH 24.1.1978, 5 Ob 703/77.

287 OGH 17.11.2004, 9 Ob 41/04a.

288 OGH 15.1.1980, 5 Ob 748/79.

289 OGH 15.1.1981, 7 Ob 67/80.

Auflösung<sup>290</sup> jederzeit durch die Widerrufbarkeit gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 bewirkt werden kann.

#### **4.5. Zustimmung als Grundrechtsverzicht – indisponible Bereiche des Grundrechts auf Datenschutz**

Die Ansicht, dass Grundrechte unverzichtbar seien<sup>291</sup>, muss vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Ebenen auf denen ein Verzicht erfolgen kann (auf das Recht selbst, die rechtsstaatlichen Garantien oder die aus dem Recht erfließenden Abwehrrechte, dh die Ausübung des Rechts)<sup>292</sup>, differenziert betrachtet werden: Als Rechte, die jedem grundsätzlich unabhängig von seinem Willen zustehen, kann auf die Grundrechte selbst nicht verzichtet werden. Der Wille des Grundrechtsträgers vermag die das Grundrecht garantierende Bestimmung – in Österreich sind das notwendigerweise<sup>293</sup> Verfassungsbestimmungen – nicht zu ändern. Das Grundrecht schützt und besteht unabhängig vom Willen des Geschützten. Das gilt so auch für die rechtsstaatlichen Garantien und die Abwehrrechte. All diese Rechte nur mit dispositiven Bestimmungen zu schützen, verbietet der Schutzgedanke, der derart ins Leere laufen würde. Sihin stehen die genannten Rechte – Grundrechte, staatliche Garantien und Abwehrrechte – als *ius cogens* nicht zur Disposition, weshalb auf sie auch nicht verzichtet werden. Wenn wir hier von Verzicht sprechen ist damit das endgültige Erlöschen eines Rechts gemeint.<sup>294</sup> Ausschließlich das endgültige Erlöschen der jeweiligen Rechte ist auf Grund ihres zwingenden Charakters ausgeschlossen. Von diesem endgültigen Erlöschen ist aber die Gestaltung des grundrechtlich geschützten Rechtsbereichs durch den Grundrechtsträger selbst – in diesem Zusammenhang also des Betroffenen – zu unterscheiden. In der Folge soll nun untersucht werden, ob auch dieses Gestaltungsrecht – zB vom einfachen Gesetzgeber – völlig ausgeschlossen werden kann.

---

290 Zumindest wenn die Duldung des Grundrechtseingriffs einen wesentlichen Vertragsinhalt darstellt.

291 So *Kucsko-Stadlmayer*, Der Verzicht auf öffentliche Rechte in FS Koja (569) 588.

292 *Bleckmann*, JZ 1988, 57.

293 Vgl. *Schulev-Steindl*, Rechte 262 FN 374. *Schulev-Steindl* verweist idZ auch auf verfassungsgesetzlich gewährleistete subjektive Rechte – wie etwa jenes auf Nicht-Mitgliedschaft bei der Arbeiterkammer – die „*bei materieller Betrachtung keine Grundrechte darstellen*“.

294 In diesem Sinne *Spieß*.

#### 4.5.1. Zur Verzichtbarkeit von Grundrechten

Die Unverzichtbarkeit von Grundrechten wird mitunter mit ihrem subjektiv-öffentlichen Charakter begründet. Da sie (auch) im öffentlichen Interessen liegen, stünden sie nicht zur ausschließlichen Disposition des Einzelnen.<sup>295</sup> Außerdem müsste ein „*Totalverzicht, der sich auch auf künftige Abwehransprüche beziehen würde, [...] mangels Bestimmtheit [...] abgelehnt werden.*“<sup>296</sup>

Darüber hinaus lässt die Stellung und Funktion der Grundrechte einen Verzicht auf das Recht an sich – oder wie oben bezeichnet einen Totalverzicht – nicht zu. Der Staat würde damit anerkennen, „*daß sich der einzelne seiner Individualität begibt, die aber das Wesen des Menschen nach unserem Grundrechtsverständnis gerade ausmacht.*“<sup>297</sup>

In Deutschland wird die Unverzichtbarkeit der Grundrechte ua auch mit der Unveräußerlichkeit der Menschenrechte (Art 1 Abs 2 GG) begründet. Aus der Unveräußerlichkeit ergebe sich auch deren Unverzichtbarkeit.<sup>298</sup>

Der Begriff der Menschenwürde ist auch dem österreichischen Recht nicht fremd – in § 96 Abs 1 Z 3 verweist das Arbeitsverfassungsgesetz auf diesen unbestimmten Begriff. In Österreich wird für dessen Auslegung „*auf § 16 ABGB und auf die persönlichkeitsbezogenen Grund- und Freiheitsrechte, wie etwa die Achtung des Privat- und Familienlebens, die Meinungsfreiheit und den Datenschutz, zurückgegriffen.*“<sup>299</sup> Ermacora bringt in seinem Handbuch<sup>300</sup> aus dem Jahr 1963 die Idee von der Menschenwürde gleichsam als „materieller Grundnorm“ auf. Schlag sieht die Menschenwürde als *oberstes Konstruktionsprinzip eines von den Grundrechten materiell durchwirkten Rechtsstaates*.<sup>301</sup> Die Ablehnung eines Verzichts auf Grundrechte könnte daher auch in Österreich – selbst bei Fehlen einer positiven Regelung – auf das Prinzip der Menschenwürde gestützt werden.

---

295 Spieß, Grundrechtsverzicht 22.

296 Spieß, Grundrechtsverzicht 45.

297 Spieß, Grundrechtsverzicht 45.

298 MwN Spieß, Grundrechtsverzicht 62.

299 MwN Oberhofer, Datenschutz und Arbeitsrecht, in Bauer/Reimer (Hrsg) Handbuch Datenschutzrecht (2009) 457 (482).

300 Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte 30.

301 Schlag, Einige Überlegungen zur Struktur finaler Grundrechtsnormen, JBI 1991, 545 (549).

#### 4.5.2. Zur Verzichtbarkeit im Datenschutzrecht

Zunächst ist zu prüfen, ob das Grundrecht auf Datenschutz über einen indisponiblen Kern verfügt, der von der Rechtsordnung als so hochstehend angesehen wird, dass nicht einmal der Betroffene beliebig darüber verfügen kann. In Deutschland wird von manchen ein derartiger dispositionsfester Kern des Grundrechts auf Datenschutz angenommen<sup>302</sup>. Die Argumentation stützt sich dabei vor allem auf die zur Menschenwürde ergangene Judikatur (insb „Zwergenweitwurf“<sup>303</sup>, „Peep-Show“<sup>304</sup>, „Lebenslange Freiheitsstrafe“<sup>305</sup>), sowie Art 1 des Grundgesetzes<sup>306</sup> (GG) der folgendermaßen lautet:

##### „Artikel 1

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“

Für Österreich ist mit Blick auf die oben getroffenen Ausführungen auch von einer Unzulässigkeit des Verzichts auf das Grundrecht auf Datenschutz auszugehen. Mit dieser Unzulässigkeit des Verzichts auf das Recht selbst ist aber die Frage, ob das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen – dh seine Dispositionsbefugnis über seine Daten – auch ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, noch nicht beantwortet. Fraglich ist, ob es indisponible Bereiche des Grundrechts auf Datenschutz gibt, auf die auch eine voll geschäftsfähige Person nicht verzichten kann. *Hanreich*<sup>307</sup> nimmt dies etwa für den endgültigen Verzicht auf die Dispositionsbefugnis an: „*Da der Verzicht das endgültige Aufgeben eines Rechts ist, läßt sich aus den zwingenden Bestimmungen des § 18 Abs 1 Z 1 DSG, wonach ein schriftlicher Widerruf der Zustimmung zur Übermittlung möglich ist, schließen, daß ein Verzicht auf das Recht ausdrücklich und schriftlich der Übermittlung von personenbezogenen Daten zustimmen zu müssen, unzulässig ist. Der*

---

302 *Irschako-Luscher*, DuD 2006, 708 sieht die Möglichkeit zur Einwilligung begrenzt.

303 Für Hintergrundinformationen vgl Artikel „Zwergenweitwurf“ in *Wikipedia* (Hrsg), Die freie Enzyklopädie , <http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Zwergenwerfen&oldid=43478228> (22.6.2008).

304 BVerfGE 64, 274.

305 BVerfGE 45, 187.

306 BGBl 1949, 1.

307 *Hanreich* in *Duschanek* 77

zeitlich unbeschränkte Dispositionsverlust ist somit eine unverzichtbare Schranke des Rechts auf Übermittlungsbeschränkung.“ Ähnlich sieht Maleczky<sup>308</sup> die „Besachswaltung eines psychisch gesunden Menschen [als Widerspruch zu] den Grundsätzen der Selbstbestimmung und dem angeborenen Persönlichkeitsrecht auf Freiheit“. Für Deutschland hält etwa von Mutius<sup>309</sup> „jede Einschränkung der Einwilligung zum Schutze des Grundrechts ihrerseits [für einen] Eingriff in das zu schützende Grundrecht“.

Eine Einschränkung der Dispositionsbefugnis könnte hingegen mit dem erhöhten Schutz des Betroffenen, der allerdings letzten Endes zu einem Schutz vor sich selbst führt, begründet werden. Es sollen nun die einzelnen Argumente für bzw gegen eine Beschränkung der Zustimmungsbefugnis diskutiert werden.

#### 4.5.3. Argumente für die Beschränkbarkeit der Zustimmungsbefugnis dh für die Zulässigkeit absoluter Verwendungsverbote

Für die Zulässigkeit absoluter Verwendungsverbote – dh den Ausschluss der Verwendung eigener Daten zustimmen zu können – sprechen folgende Argumente:

1. Der einfache Gesetzgeber könnte zum Schutze der Betroffenen etwa die Freiwilligkeit für bestimmte, generell umschriebene Fälle ex lege als nicht gegeben ansehen und damit (indirekt) die Zulässigkeit der Zustimmung ausschließen. Eine vergleichbare Argumentation hat der OGH für den dritten Eingriffstatbestand („überwiegende berechtigte Interessen eines anderen“) vertreten, da § 9 DSG 2000 seiner Meinung nach einen taxativen Katalog der zulässigen Verwendungsarten für sensible Daten darstellt.<sup>310</sup> Darüber

---

308 Maleczky, ÖJZ 1994, 685.

309 Mutius in Bizer et al 123.

310 OGH 29.6.2006, 6 ObA 1/06z: „§ 9 DSG 2000 sieht im Unterschied zur Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 8 DSG 2000 einen Rechtfertigungsgrund der überwiegenden berechtigten Interessen des Auftraggebers nicht vor. [Anm: Hervorhebung nicht im Original] Selbst wenn daher ein sensibles Datum für die Erfüllung eines Vertragsverhältnisses notwendig ist, darf es ohne Zustimmung des Betroffenen nicht verarbeitet werden, soweit die Verwendung nicht von den in § 9 Z 1 – 13 DSG 2000 taxativ aufgezählten Gründen erfasst wird.“ Dazu darf angemerkt werden, dass § 9 DSG 2000 – auf Grund seines einfachgesetzlichen Rangs – zusätzlichen Eingriffsermächtigungen auf einfachgesetzlicher Ebene nicht entgegensteht. Neue Bestimmungen könnten nach der lex posterior Regel den Katalog des § 9 DSG 2000 abändern. Einzige Determinante ist hier Art 8 der Datenschutzrichtlinie, der die Verwendung sensibler Daten (= besonders schutzwürdiger Daten iSd

hinausgehende Verwendungen seien unzulässig auch wenn sie sich auf „überwiegende berechnigte Interessen“ iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 stützen könnten.

2. Die österreichische Rechtsordnung beschränkt auch in anderen Bereichen die Dispositionsbefugnis zu Gunsten des Schutzgedanken. In Vorarbeiten für das DSG wurden etwa das Auskunftsrecht und das Recht auf Richtigstellung und Löschung ausdrücklich als unverzichtbar bezeichnet.<sup>311</sup> Auch im Strafprozess gibt es absolute Garantien, die selbst mit Zustimmung des Beschuldigten nicht beseitigt werden können<sup>312</sup>. Dieselbe Überlegung – nämlich der Schutz der entscheidenden Person notfalls auch vor sich selbst – liegt etwa dem Institut der Sittenwidrigkeit zu Grunde. Es gibt also tatsächlich Rechtspositionen in der österreichischen Rechtsordnung, über die auch die normalerweise entscheidungsbefugte Person selbst auf Grund des Schutzgedanken, nicht disponieren darf.

#### 4.5.4. Argumente für die Unbeschränkbarkeit der Zustimmungsbefugnis dh gegen die Zulässigkeit absoluter Verwendungsverbote

Die Zulässigkeit absoluter Verwendungsverbote ist aus folgenden Gründen abzulehnen:

1. Die Datenschutzrichtlinie erlaubt in Art 8 Abs 2 lit a den *Ausschluss der Einwilligung* (= Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSG 2000), *allerdings nur für sensible Daten*. In Art 7 leg cit, der die Verwendung nicht-sensibler Daten regelt, ist keine entsprechende Bestimmung zu finden. Es ist also davon auszugehen, dass der Normgeber der Richtlinie ganz bewusst nur für die sensiblen Daten den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen wollte, die Zustimmung auszuschließen. Dies wäre insofern stimmig, als sensible Daten durch ein solches

---

der Datenschutzrichtlinie) europarechtlich regelt.

311 Siehe § 3 Abs 2 letzter Satz eines Entwurfs für ein Bundesverfassungsgesetz vom ... womit allgemeine Regelungen auf dem Gebiete des Datenschutzes und der Datensicherheit getroffen werden, IA 125/A II-3586 BlgNR 13. GP 11 = IA 21/A II-442 BlgNR 14. GP 11.

312 So verletzt die »Untersuchung mit dem "Polygraphen" (Lügendetektor) [...] die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten und ist daher im Strafverfahren wie in den Vorermittlungen ohne Rücksicht auf sein Einverständnis unzulässig [Anm: Hervorhebung nicht im Original]« (OGH 24.3.1977, 12 Os 47/77).

Zustimmungsverbot besonders geschützt werden könnten.<sup>313</sup>

2. Der österreichische Bundesgesetzgeber hat von dieser Möglichkeit zum Ausschluss der Zustimmung zur Verwendung sensibler Daten allerdings nicht Gebrauch gemacht, sondern im Gegenteil die Zustimmung als neuen Eingriffstatbestand<sup>314</sup> in § 1 Abs 2 DSG 2000 auf Ebene des Verfassungsrechts eingeführt und in § 9 Z 6 DSG 2000 nochmals auf einfachgesetzlicher Ebene.
3. Verwendungsbeschränkungen sind – ebenso wie Ermächtigungen zur Verwendung von Daten – als Entscheidungen des Gesetzgebers über das Vorliegen überwiegender berechtigter Interessen im Sinne des § 1 Abs 2 DSG 2000 anzusehen. Mit der Ermächtigung zur Verwendung von Daten auf einfachgesetzlicher Ebene bringt der Gesetzgeber auf verfassungsrechtlicher Ebene zum Ausdruck, dass er überwiegende berechnigte Interessen für den Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz, dh die Verwendung von Daten sieht. Ebenso wird mit einem einfachgesetzlichen Verwendungsverbot auf verfassungsrechtlicher Ebene das Vorliegen überwiegender berechtigter Interessen ausgeschlossen. Allerdings kann ein Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nicht nur auf das Vorliegen überwiegender berechtigter Interessen gestützt werden. § 1 Abs 2 DSG 2000 sieht nämlich noch zwei andere Eingriffstatbestände vor. Durch das Verneinen überwiegender berechtigter Interesse auf einfachgesetzlicher Ebene, kann die verfassungsrechtlich abgesicherte Zustimmung nicht ausgeschlossen werden.
4. Weiters wird übersehen, dass der derart angestrebte Schutz auch durch eine strengere Beurteilung der Zwangsfreiheit erreicht werden könnte. Der Vorteil dieser Lösung bestünde darin, sowohl dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen als auch seinem Schutz in weitestmöglichem Ausmaß gerecht werden zu können und nicht das (informationelle) Selbstbestimmungsrecht zu Gunsten der Schutzidee opfern zu müssen. In diesem Zusammenhang erscheint

---

313 IdS auch Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 2: „Im Bereich der nicht-sensiblen Daten scheint ein genereller Ausschluss der Möglichkeit zur Zustimmung auf einfachgesetzlicher Ebene nicht zulässig.“

314 Siehe unten Kap 4.6.2, Eingriffe mit Zustimmung des Betroffenen 89.

die Betonung der jederzeitigen Widerrufbarkeit<sup>315</sup> der Zustimmung<sup>316</sup> erwähnenswert. Dürfte der Gesetzgeber des DSG 2000 so der zuvor skizzierten Gefahr einer negativen Willensbeeinflussung Rechnung getragen haben.

5. Obwohl die Einwilligung in die Tötung nicht zulässig ist<sup>317</sup>, ist der Selbstmord selbst nicht strafbar<sup>318</sup>. Das ergibt sich aus den ausdrücklichen Regelungen zur Beihilfe beim Selbstmord, in Zusammenschau mit den Beteiligungsdelikten am Selbstmord (§§ 77 und 78 StGB), die nach der Beteiligungslehre<sup>319</sup> im Strafrecht bei der Strafbarkeit des Selbstmords nicht notwendig wären. Da es auch kein eigenständiges Delikt Selbstmord gibt und alle Tötungsdelikte auf „andere“ als Opfer abzielen, akzeptiert die Rechtsordnung – als Ausdruck ihrer Liberalität – sogar den Verzicht auf das eigene Leben, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass dieser Verzicht vollkommen ohne fremde „Hilfe“ geschieht. Für die datenschutzrechtliche Zustimmung ist das in zweifacher Hinsicht interessant:

a) Es kann *argumento a maiori ad minus* keine unverzichtbaren Bereiche im Datenschutz geben, jedenfalls soweit der Verzicht ohne fremde Hilfe erfolgt. *Der Betroffene selbst* ist in der Verletzung und Aufgabe seiner Rechtsgüter nahezu unbeschränkt<sup>320</sup>. Darf er sogar auf sein Leben verzichten, muss er vielmehr noch auf den Schutz der ihn betreffenden Daten verzichten dürfen.

b) Sobald andere an der Verzichtsaktion beteiligt sind – die Begünstigung<sup>321</sup> reicht im Strafrecht nicht aus – sind Grenzen und Voraussetzungen des

---

315 Diese ist nach *Hanreich* in *Duschanek 77* zwingend, weshalb auf sie nicht verzichtet werden kann. Allerdings ist dies angesichts des bereits Ausgeführten – nämlich des neuen Eingriffstatbestands „Zustimmung“ der auch die Veröffentlichung mitumfasst – als mittlerweile obsolet anzusehen.

316 Die Bestimmungen des DSG 2000 (§§ 8 Abs 1 Z 2 und 9 Z 6 leg cit) sprechen von der jederzeitigen Widerrufbarkeit – die Bestimmungen des DSG (§§ 7 Abs 1 Z 2 und 18 Abs 1 Z 1 leg cit) begnügten sich mit der *Widerrufbarkeit*.

317 OGH vom 13.11.2002, 13 Os 102/02.

318 In diesem Sinne auch *Lewisch*, Strafrecht – Besonderer Teil I<sup>2</sup>, 8.

319 Vgl etwa *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil 1<sup>4</sup>, 252.

320 Diese Einschränkung bezieht sich auf Fälle der eingeschränkten Einsichts- und Geschäftsfähigkeit („gesetzliche Vertretung“).

321 Dass jemand einen Vorteil, etwa durch Erbschaft aus dem Selbstmord eines Anderen zieht, ist nicht strafbar.



Verzichts wesentlich enger zu ziehen, da hier die Gefahr besteht, dass der Betroffene nicht seinem Willen<sup>322</sup> entsprechend handelt, sondern dem Willen der anderen Beteiligten folgt.

6. Auch der Rekurs auf die Unveräußerlichkeit der Menschenwürde kann nach *Bleckmann* nicht den Ausschluss des Selbstbestimmungsrechts rechtfertigen: „*Angesichts der Tatsache, daß wir bei den äußerst zahlreichen Geschäften des täglichen Lebens immer wieder auf einen Teil der Ausübung unserer allgemeinen Handlungsfreiheit verzichten und [...] verzichten müssen, um unsere Interessen durchzusetzen*“<sup>323</sup>, kann sich die Unveräußerlichkeit<sup>324</sup> „*nicht gegen einen punktuellen konkreten Grundrechtsverzicht, sondern [nur] gegen den umfassenden Verzicht auf die naturrechtlichen Menschenrechte*“<sup>325</sup> richten.
7. Auch die öffentlichen Interessen, die nicht zur Disposition des Einzelnen stehen, gebieten zwar das Verbot eines Verzichts auf Grundrechte selbst, sind aber kein Grund für einen Dispositionsausschluss, stellt doch „*das öffentliche Interesse [...] nichts als die Summe der durch die Grundrechte geschützten Individualinteressen dar*“<sup>326</sup>.
8. Das Grundrecht auf Datenschutz ist, wenn schon nicht selbst verzichtbar, so doch ein gestaltbares Recht. *Stadler*<sup>327</sup> bezeichnete bereits das im DSGVO normierte Grundrecht – in dem es noch keinen expliziten Hinweis auf die Zustimmung als Eingriffsermächtigung gab – „*als Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen über seine Informationen [das heißt als] ein verzichtbares bzw. durch Entscheidungen des Betroffenen selbst näher bestimmbares Recht.*“

---

322 Zum Begriff des Willens vgl. *Mittelstraß*, Enzyklopädie – Philosophie und Wissenschaftstheorie IV, 704. Demnach ist der Wille – ungeachtet der vielen verschiedenen Willensbegriffe – „*im umfassendsten Sinne gewöhnlich als handlungsleitendes Streben*“ definiert.

323 *Bleckmann*, JZ 1988, 58.

324 Anzumerken ist, dass auf die Unveräußerlichkeit von Menschenrechten weder in einer österreichischen Verfassungsbestimmung noch in einem aktuelleren Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs Bezug genommen wird.

325 *Bleckmann*, JZ 1988, 58.

326 *Bleckmann*, JZ 1988, 59.

327 *Stadler*, Das österreichische Datenschutzrecht in *Pawlikowsky* (Hrsg), Datenschutz – Leitfaden & Materialien (2000) 47 (51).

#### 4.5.5. Conclusio

Mit Blick auf die vorgebrachten Argumente ist von der Unbeschränkbarkeit datenschutzrechtlicher Zustimmungen auszugehen. Vor allem die Zulässigkeit von Selbstschädigungen (vgl Straffreiheit von Delinquenz, Selbstverletzung wie etwa Piercing, (versuchtem) Selbstmord, etc) in der österreichischen Rechtsordnung und die Aufnahme des Eingriffstatbestands „Zustimmung“ in § 1 Abs 2 DSG 2000 sprechen klar gegen absolute Verwendungsverbote. Die Rechtsordnung toleriert einen viel schonungsloseren Umgang mit den eigenen persönlichen Ressourcen (Leib, Seele, Eigentum, etc...), als sie dies im Umgang mit den Ressourcen Anderer zulässt. Die freie Verfügung über die eigenen Ressourcen ist Voraussetzung liberaler Gesellschaftsformen. *Hayek* bringt das Problem des gesetzlichen Selbstschutzes auf den Punkt, wenn er Folgendes feststellt:

*„[...] wo private Praktiken niemand anderen berühren können als die freiwillig handelnden Erwachsenen, bietet die bloße Abneigung gegen das, was andere tun, oder selbst das Wissen, daß sich andere durch ihr Handeln schaden, keinen berechtigten Grund zu Zwang.“<sup>328</sup>*

Es kann somit auch in Datenverwendungen eingewilligt werden, die ausschließlich Nachteile bringen, solange die Zwangsfreiheit<sup>329</sup> der Zustimmung gewahrt ist. Als überholt muss somit auch die Ansicht der Datenschutzkommission<sup>330</sup> angesehen werden, wonach ein gesetzliches Verwendungsverbot, ein absolutes Verbot darstelle und sogar durch die Zustimmung des Betroffenen nicht beseitigt werden kann. Diese Ansicht ist vor dem Hintergrund der alten Rechtslage<sup>331</sup> – vor In-Kraft-Treten des DSG 2000 – zu sehen, wonach die Zustimmung noch nicht als eigene Eingriffsermächtigung in den Grundrechtsbestimmungen vorgesehen war. Auch

---

328 *Hayek*, Verfassung 175 – Anmerkung: im Original keine Hervorhebung.

329 S unten Kap 6.1, Die Gültigkeit, insbesondere Zwangsfreiheit 134.

330 Vgl DSK 15.5.2001, K120.713/005-DSK/2001. Die DSK bezog sich auf die Materialien zu § 21 Abs 2 AsylG (ErläutRV 686 BlgNR 20. GP 26) und auf das entsprechende Erkenntnis des VwGH 20.10.2000, 99/20/0406. Nach den Materialien ist „*die Übermittlung personenbezogener Daten von Asylwerbern an dessen Herkunftsstaat generell unzulässig*“. Aus der Feststellung des VwGH, dass das Verbot der Zurück- und Abschiebung von Asylwerbern „*uneingeschränkt und bedingungslos*“ gilt, leitete die DSK den ebenfalls „*uneingeschränkten und bedingungslosen*“ Charakter des Verbots gemäß § 21 Abs 2 AsylG 1997, Daten zu verwenden, ab.

331 Datenschutzgesetz (DSG), BGBl 1978/565 idF BGBl 1994/632.

gesetzliche Verwendungsverbote, die – zumindest ihrem Wortlaut nach absolut<sup>332</sup>, dh ohne Einschränkung gelten, stehen einer Zustimmung durch den Betroffenen nicht entgegen.

#### **4.6. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die drei Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000**

Das Grundrecht auf Datenschutz – darunter sind sowohl der Anspruch auf Geheimhaltung (§ 1 Abs 1 DSG 2000) als auch die in § 1 Abs 3 DSG 2000 geregelten Teilgrundrechte zu verstehen<sup>333</sup> – steht unter materiellem Gesetzesvorbehalt<sup>334</sup>. Dh zum formellen Erfordernis, dass der Eingriff auf gesetzlicher Ebene vorgesehen sein muss, tritt noch ein inhaltliches, wonach bestimmte Voraussetzungen für einen zulässigen Grundrechtseingriff erfüllt sein müssen. Beim Grundrecht auf Geheimhaltung ergeben

---

332 Beispiele dafür sind **§ 31a Abs 6 ASVG**: Das Erheben, Verlangen, Annehmen oder sonstige Verwerten von den auf den Chipkarten gespeicherten Notfallsdaten für andere Zwecke als jene der medizinischen Versorgung des Karteninhabers (der Karteninhaberin) ist verboten; **§ 12 Abs 1 Z 1 E-GovG**: Eine dauernde Speicherung [von] Stammzahlen natürlicher Personen [...] darf nur in der[en] Bürgerkarte erfolgen [...]; **§ 67 GTG**: Arbeitgeber und Versicherer dürfen keine genetischen Daten ihrer potentiellen oder gegenwärtigen Arbeit- oder Versicherungsnehmer verwenden. **§ 3 Abs 4 PassG**: Verbot der Verknüpfung der für den persönlichen Gebrauch bestimmten Daten eines Personalausweises mit den übrigen Daten des Personalausweises; **§ 100 Abs 3 TKG 2003**: Anrufe oder sonstige Verbindungen, für die keine Entgeltspflicht entsteht, sowie Anrufe bei oder Verbindungen mit Notrufdiensten dürfen nicht ausgewiesen werden; **§ 17 Abs 9 VerG**: Vereine dürfen nicht nach dem Namen einer physischen Person aus dem Vereinsregister auswählbar sein.

333 Zu diesem Begriff vgl DSK 26.2.2002, K120.746/001-DSK/2002.

334 Zum Begriff des materiellen Gesetzesvorbehalts vgl *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz (252) 258; *Korinek*, Gedanken zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, FS *Merkl* (1970) 171; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> Rz 1336. Zur Entwicklung des materiellen Grundrechtsverständnisses insbesondere in Hinblick auf das StGG darf auf *Binder*, Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) – Überlegungen zur neuen Judikatur des VfGH, ÖZW 1988, 1 f verwiesen werden.

sich diese inhaltlichen Schranken<sup>335</sup> für Eingriffe<sup>336</sup> aus der verwiesenen Bestimmung des ebenfalls im Verfassungsrang stehenden Art 8 Abs 2 EMRK.

Nach hA sind „*alle der öffentlichen Gewalt zurechenbaren Beeinträchtigungen verfassungsgesetzlich geschützter Rechtsgüter*“<sup>337</sup> als Grundrechtseingriffe zu verstehen. Der **Begriff des Grundrechtseingriffs** setzt also staatliches Handeln voraus: „*Als Grundrechtseingriff ist jedes staatliches Handeln anzusehen, das dem Einzelnen ein bestimmtes Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechtes fällt, unmöglich macht oder erheblich erschwert, und zwar auch dann, wenn diese Wirkungen nicht beabsichtigt sind, nur in mittelbarer Folge oder in tatsächlicher Hinsicht eintreten oder nicht mit Befehls- und Zwangsgewalt verbunden sind.*“<sup>338</sup> Grundrechtseingriffe – dh

335 Zum Schrankenbegriff darf auf Alexy, Theorie der Grundrechte, 249 ff; Borowski, Grundrechte als Prinzipien – Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte, 33 ff bzw 47 ff für Deutschland sowie Berka, Grundrechte, Rz, Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>5</sup> Rz und Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, Rz für Österreich verwiesen werden. Für manche vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte wird trotz fehlender expliziter Schranken von **immanenten Schranken** (vgl Berka, Konkretisierung und Schranken der Grundrechte, ZÖR 54 [1999] 31 [37]) ausgegangen. Dabei unterscheidet Berka zwischen immanenten Schranken auf Grund verfassungsrechtlicher Bestimmungen einerseits und auf Grund der „*allgemeinen Gesetze*“ andererseits (Berka, Konkretisierung und Schranken der Grundrechte, ZÖR 54 [1999] 31 [37]). Diese immanenten Schranken werden aus systematischen Erwägungen sowie auf Grund des engen sachlichen Zusammenhangs, den diese vorbehaltlosen Grundrechte zu Grundrechten, die unter Vorbehalt gewährt wurden, aufweisen, angenommen (Berka, Konkretisierung und Schranken der Grundrechte, ZÖR 54 [1999] 31 [36]). Für das Grundrecht auf Datenschutz stellt sich diese Frage nicht, da § 1 Abs 2 DSG 2000 ausdrücklich auf überwiegende berechnigte Interessen als Eingriffsgrund abstellt und daher andere Verfassungs- aber auch einfachgesetzliche Bestimmungen bereits ausdrücklich als Schranken in Frage kommen. Als Schranken für das Grundrecht auf Datenschutz kommen ausschließlich die in § 1 Abs 2 DSG 2000 vorgesehenen und keine darüber hinaus gehenden Fälle in Betracht.

336 Die Materialien zu § 1 DSG 2000 (RV 1613 BlgNR 20. GP 35) zeigen, dass der Gesetzgeber von immanenten Grundrechtsschranken ausging: „*An anderen Daten besteht ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse, das jedoch – wie jedes Grundrecht – nicht absolut gilt, sondern durch bestimmte, zulässige Eingriffe beschränkt werden darf*“. Angemerkt sei hier, dass etwa Berka, ZÖR 54, 35 f schon von einer Existenz „*absolute[r] Grundrechte, die keiner Beschränkung unterworfen werden dürfen*“ ausgeht. Zu diesen zählt er ua das Folterverbot gemäß Art 3 EMRK sowie das Verbot der Sklaverei und Leibeigenschaft gemäß Art 4 Abs 1 EMRK.

337 Berka, Die Grundrechte (1999) Rz 251; Feik, Öffentliche Verwaltungskommunikation – Öffentlichkeitsarbeit, Aufklärung, Empfehlung, Warnung, Forschungen aus Staat und Recht 148 (2007) 41.

338 Feik, Verwaltungskommunikation 41.

in unserem Fall die Verwendung von Daten – können zulässig oder unzulässig (**Grundrechtsverletzungen**) sein. „Lediglich wenn eine verfassungsrechtliche Bedingung für einen gerechtfertigten Eingriff nicht erfüllt ist (oder der Eingriff verfassungsrechtlich nicht vorgesehen ist) wird aus einem Eingriff eine Grundrechtsverletzung<sup>27</sup>. [Eingriffe] sind als Beeinträchtigung[en] grundrechtlicher Schutzgüter daher nur dann verfassungskonform, wenn sie sich verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen, dh den konkreten grundrechtlichen Anforderungen wie gesetzliche Grundlage, Verhältnismäßigkeit, bestimmtes Eingriffsziel, etc entsprechen.“<sup>339</sup>

Beeinträchtigungen von Grundrechten können aber nicht nur durch den Staat, sondern im Fall des Grundrechts auf Datenschutz auf Grund seiner unmittelbaren Drittwirkung auch durch Private erfolgen. Der eingangs erwähnte Bezug auf die *öffentliche Gewalt* gilt daher nicht für das Grundrecht auf Datenschutz. In diesem Fall ist jede Beeinträchtigung, unabhängig davon ob sie seitens Privater oder der öffentlichen Gewalt erfolgen, als Beeinträchtigung anzusehen.

In einem weiteren Punkt, bedarf es vielleicht der terminologischen Klarstellung und zwar liegt ein *Eingriff* auch dann vor, wenn die Verwendung der Daten mit Zustimmung des Betroffenen erfolgt. Dass bei der Zustimmung grundsätzlich der Betroffene selbst handelt, schließt einen Eingriff nämlich nicht aus, da ja nicht die Zustimmung, sondern erst die Verwendung der personenbezogenen<sup>340</sup> Daten den Eingriff darstellt und dieser durch eine andere Person erfolgt. Somit gibt es auch bei Zustimmung des Betroffenen eine Beeinträchtigung, dh einen Eingriff, der allerdings gerechtfertigt ist, wenn die Zustimmung gültig<sup>341</sup> ist. In diesem Sinn hat auch der OGH<sup>342</sup> entschieden, dass die Verwendung eigener Daten nicht vom DSG 2000 erfasst sei, da nach § 4 Z 3 DSG 2000 die Person des Auftraggebers und des Betroffenen nicht zusammenfallen könne. Erst die Verwendung von Daten durch jemand anderen als den Betroffenen selbst, stellt grundsätzlich einen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz dar. Dementsprechend wird auch bei der Zustimmung zutreffend von einem *Eingriffstatbestand*<sup>343</sup> gesprochen.

---

339 Feik, Verwaltungskommunikation 43.

340 Besteht kein Personenbezug der verwendeten Daten, so liegt gemäß VfSlg 18.092/2007 auch kein Eingriff vor.

341 Zu den Gültigkeitsvoraussetzungen s unten Kap 6, Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmung nach § 4 Z 14 DSG 2000 134.

342 OGH 4.5.2004, 4 Ob 50/04p.

343 Vgl BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, Rundschreiben zur legislatischen Gestaltung

In der Folge soll daher auch für die Tatbestände „lebenswichtiges Interesse“ und „Zustimmung“ der Begriff „Eingriffstatbestand“ verwendet werden und Fälle, in denen keiner der Eingriffstatbestände gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 erfüllt sind, als Grundrechtsverletzungen bezeichnet werden.

§ 1 Abs 2 letzter Satz DSG 2000, wonach *auch im Falle zulässiger Beschränkungen der Eingriff [...] jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden darf* bezieht sich auf die im ersten Satz taxativ aufgezählten, zulässigen Grundrechtsbeschränkungen. Demnach kann neben dem lebenswichtigen Interesse des Betroffenen sowie überwiegenden berechtigten Interessen anderer, auch die Zustimmung des Betroffenen einen Grundrechtseingriff legitimieren. Da sich dieses „Gebot des gelindesten Eingriffs“<sup>344</sup> auf alle Beschränkungen bezieht, wird man davon ausgehen müssen, dass es auch im Falle der Zustimmung durch den Betroffenen überschießende<sup>345</sup> Eingriffe geben kann, die eine Grundrechtsverletzung<sup>346</sup> darstellen, etwa wenn der Auftraggeber den Empfängerkreis oder den Umfang der verwendeten Datenarten eigenmächtig erweitert. Eigenmächtige Einschränkungen sind hingegen nicht als unverhältnismäßig anzusehen, da der Eingriff insgesamt gesehen geringer wird.

---

von Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz, 2 f – im Internet zu finden unter <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=29801> (19.11.2009).

344 Es ist *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> Rz 830 zu folgen, wenn er § 1 Abs 2 letzter Satz DSG 2000 als „eine spezielle Formulierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ ansieht. Während es bei der Verhältnismäßigkeit ieS auf die Proportionalität von Eingriff und Zielerreichung ankommt (absolute Betrachtungsweise), erfordert das Gebot des gelindesten Eingriffs eine Bewertung durch Vergleich der Eingriffsintensität mit anderen – vor diesem Prüfungsschritt – noch zulässigen Eingriffen (relative Betrachtungsweise). So können beim absoluten Verständnis durchaus mehrere Eingriffshandlungen proportional sein, wohingegen es nur einen Eingriff geben kann, der dem Gebot des gelindesten Eingriffs entspricht – nämlich der intensitätsschwächste. Allerdings unterscheiden ua weder der Verfassungsgerichtshof zwischen dem „Gebot des gelindesten Eingriffs“ und der Verhältnismäßigkeit ieS (VfSlg 16.369/2001) noch der Gesetzgeber (§ 29 Abs 1 und Abs 2 Z 1 SPG) oder manche Autoren (vgl. *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzrecht 23).

345 *Überschießende Eingriffe* sind Eingriffe, die nicht in verhältnismäßiger Art und Weise vorgenommen werden.

346 Zu den Begriffen des Grundrechtseingriffs und der Grundrechtsverletzung siehe oben Kap 4.6, Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die drei Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000 82.

#### 4.6.1. Eingriffe zur Wahrung lebenswichtiger Interessen

Der erste in § 1 Abs 2 DSG 2000 genannte Eingriffstatbestand bezieht sich auf die „*lebenswichtigen Interesse[n] des Betroffenen*“. Dieser Eingriffstatbestand wurde angesichts der Art 7 lit d, 8 Abs 2 lit c sowie 26 Abs 1 lit e DS-RL mit dem DSG 2000 neu eingeführt – leider enthalten die Materialien keine näheren Ausführungen dazu, sodass an dieser Stelle auf andere Quellen zurückgegriffen werden muss.

Wenn lebenswichtige Interessen gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 vorliegen, bedarf es auch bei einem Eingriff durch eine staatliche Behörde, keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung.<sup>347</sup> Es handelt sich – wie bei der Zustimmung – um einen Fall der verfassungsunmittelbaren Eingriffsermächtigung.<sup>348</sup> Auf Grund der Bedeutung des bedrohten Rechtsgutes (Leben) und der Notwendigkeit schnellen Handelns tritt das Interesse an der Geheimhaltung der Daten vorübergehend in den Hintergrund. Deshalb ist dieser Eingriffstatbestand auch mit den Bestimmungen über Notwehr, Notstand und Nothilfe (§§ 3 und 10 StGB) vergleichbar.<sup>349</sup>

##### 4.6.1.1. Zum Begriff des lebenswichtigen Interesses

*„Der Begriff des lebenswichtigen Interesses ist eng auszulegen: Ein solcher kann etwa im Fall notfallmedizinisch indzierter Eingriffe als gegeben erachtet werden.“<sup>350</sup> In K120.766/004-DSK/2002<sup>351</sup> hat die Datenschutzkommission festgestellt, dass die „Teilnahme einer körperlich un- oder mindertauglichen Person am Straßenverkehr als Lenker eines Kraftfahrzeugs [...] eine Gefahr hervor[rufft], die das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen bedroht. Damit war eine Situation gegeben, in der lebenswichtige Interessen des Betroffenen selbst die Übermittlung von Daten an die zuständige Führerscheinbehörde zulässig machten“.*

Zusammen mit dem zweiten Eingriffstatbestand – der Zustimmung – berührt dieser Tatbestand die individuelle, höchstpersönliche<sup>352</sup> Sphäre des Betroffenen. Die Gründe für

<sup>347</sup> BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 2; DSK 5.4.2002, K120.766/004-DSK/2002.

<sup>348</sup> BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 1.

<sup>349</sup> DSK 5.4.2002, K120.766/004-DSK/2002.

<sup>350</sup> BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 2.

<sup>351</sup> DSK 5.4.2002, K120.766/004-DSK/2002.

<sup>352</sup> Zur Unterscheidung höchstpersönlicher Daten und höchstpersönlicher Rechte siehe Error: Reference source not found Kap Error: Reference source not found, Error: Reference source not found Error:

den Eingriff liegen unmittelbar in der Person des Betroffenen selbst – die Interessen anderer können verfassungsrechtlich nur über den dritten Eingriffstatbestand – nämlich die überwiegenden berechtigten Interessen anderer – eingefangen werden.<sup>353</sup> Der Eingriffstatbestand des § 1 Abs 2 DSG 2000 bezieht sich ausdrücklich auf die „*lebenswichtigen Interessen des Betroffenen*“. Die lebenswichtigen Interessen Dritter sind in § 1 Abs 2 DSG 2000 nicht ausdrücklich angeführt. Wenn daher in einfachgesetzlichen Bestimmungen<sup>354</sup> auf die lebenswichtigen Interessen Dritter Bezug genommen wird, kommt als verfassungsgesetzliche Grundlage nur der dritte Eingriffstatbestand („überwiegende berechtigte Interessen eines anderen“) in Frage. Der erste Eingriffstatbestand („lebenswichtige Interessen“) ist in Wahrheit eine bereits getroffene Interessenabwägung: wenn lebenswichtige Interessen des Betroffenen bestehen, gibt es – salopp formuliert – keinen Datenschutz<sup>355</sup>. Fraglich ist allerdings wie es mit dem Datenschutz aussieht, wenn lebenswichtige Interessen eines Anderen betroffen sind.

#### 4.6.1.2. Lebenswichtige Interessen Anderer

Bevor nun geprüft werden soll, ob bzw wann der Betroffene eine Verwendung seiner Daten zur *Wahrung fremder lebenswichtiger Interessen* zu erdulden hat, lohnt es einen Blick in die übergeordneten europarechtlichen Vorgaben (Art 7 lit d, Art 8 Abs 2 lit c sowie Art 26 Abs lit e DS-RL) zu werfen. Der Übersichtlichkeit halber sollen die verschiedenen Konstellationen in tabellarisch dargestellt werden:

---

Reference source not found.

353 BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 2.

354 So zB in den §§ 8 Abs 3 Z 3, 9 Z 8 oder 12 Abs 4 Z 2 DSG 2000, in § 102 Abs 1 Z 10 Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG 2005) BGBl I 2005/100 oder in den §§ 56 Abs 1 Z 6 und 65 Abs 6 SPG.

355 Und somit ein Beispiel für in der Rechtsordnung bereits getroffene Interessenabwägungen wie sie unten in Kap 4.6.3.3.1, Das Auffinden von Interessenabwägungen in der Rechtsordnung 104 beschrieben werden.



	<b>lebenswichtige Interessen des Betroffenen (Patient<sup>356</sup> = Betroffener)</b>		<b>lebenswichtige Interessen eines Anderen (Patient ≠ Betroffener)</b>	
	<i>Betroffener ist zustimmungsfähig</i>	<i>Betroffener ist nicht zustimmungsfähig</i>	<i>Betroffener ist zustimmungsfähig</i>	<i>Betroffener ist nicht zustimmungsfähig</i>
<b>nicht-sensible Daten</b>	<i>lebenswichtige Interessen (Art 7 lit d DS-RL)<sup>357</sup></i>	<i>lebenswichtige Interessen (Art 7 lit d DS-RL)<sup>357</sup></i>		
<b>sensible Daten</b>	<i>medizinische Versorgung (Art 8 Abs 3 DS-RL)<sup>358</sup></i>	<i>lebenswichtige Interessen (Art 8 Abs 2 lit c DS-RL)</i>	<i>medizinische Versorgung (Art 8 Abs 3 DS-RL)<sup>358</sup></i>	<i>lebenswichtige Interessen (Art 8 Abs 2 lit c DS-RL)</i>

Tabelle 1: Die Regelung der lebenswichtigen Interessen in der EG-Datenschutzrichtlinie

Diese Tabelle zeigt nur jene Fälle in denen ohne Zustimmung des Betroffenen zur Wahrung lebenswichtiger Interessen Daten verwendet werden dürfen. Nach Art 8 Abs 2 lit c DS-RL können Gesundheitsdaten, dh sensible Daten, nur dann unabhängig vom Willen des Betroffenen verwendet werden, wenn der Betroffene physisch oder rechtlich<sup>359</sup> nicht in der Lage ist seine Einwilligung (in nationaler Terminologie: *Zustimmung*) zu geben. Ist er dazu in der Lage, so kommen grundsätzlich nur die anderen Eingriffstatbestände des Art 8 DS-RL – in der Regel also die Einwilligung (in nationaler Terminologie: *Zustimmung*) des Betroffenen – in Frage. Somit ist die Verwendung sensibler Daten (zB Gesundheitsdaten) in hohem Maß abhängig von der Entscheidung des Betroffenen. Das könnte im Extremfall zu dem unbilligen Ergebnis führen, dass er die Verwendung seiner Daten zur Wahrung fremder lebenswichtiger

356 Der besseren Verständlichkeit halber soll an dieser Stelle der nicht immer ganz zutreffende Begriff *Patient* verwendet werden, wenn die Person gemeint ist, deren lebenswichtigen Interessen betroffen sind.

357 Selbstverständlich ist in diesem Fall auch die Einwilligung gemäß Art 7 lit a DS-RL möglich. Es wurde in diesem Fall nur die Bestimmung angeführt, die eine Verarbeitung (iSd DS-RL) auch ohne oder gegen den Willen des Betroffenen legitimiert.

358 Nach dieser Bestimmung ist zum Zweck der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung eine Verarbeitung (iSd DS-RL) von Daten auch ohne oder gegen den Willen des Betroffenen zulässig. Eine Pflicht sich behandeln zu lassen ergibt sich daraus aber nicht, dh der Betroffene kann über die Verweigerung der Behandlung auch die Verarbeitung seiner Daten verhindern.

359 Siehe dazu unten Kap 7.3.5, Zustimmung durch einen gesetzlichen Vertreter 185.

Interessen sogar verweigern könnte. Dazu ist Folgendes auszuführen:

Im Bereich der sensiblen Daten stellt der Eingriffstatbestand der lebenswichtigen Interessen (Art 8 Abs 2 lit c DS-RL) offensichtlich eine Zweifelsregelung dar, die die Verarbeitung sensibler Daten legitimiert, wenn der Betroffene zustimmungsunfähig ist und es nicht klar ist, ob er zugestimmt hätte oder früher bereits tatsächlich hat. Ist der Betroffene nun zustimmungsfähig, so entscheidet er über die Verarbeitung (in nationaler Terminologie: Verwendung) der Daten und könnte grundsätzlich die Verarbeitung zur Wahrung fremder lebenswichtiger Interessen unterbinden. Da es um lebenswichtige Interessen geht, kann die Verweigerung der Einwilligung durchaus lebensbedrohliche Konsequenzen nach sich ziehen. Es leuchtet ein und ist im Übrigen nicht mit dem Ausnahmetatbestand „Gesundheit“ des Art 8 Abs 2 EMRK vereinbar, dass zB die Gesundheit eines Anderen in der Disposition des Betroffenen liegt. Aus den Bestimmungen über die lebenswichtigen Interessen in der DS-RL, der Eingriffsermächtigung zu medizinischen Zwecken gemäß Art 8 Abs 3 DS-RL und dem Ausnahmetatbestand „Gesundheit“ des Art 8 Abs 2 EMRK ergibt sich, dass lebenswichtige Interessen Anderer den Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen vorgehen.

#### 4.6.2. Eingriffe mit Zustimmung des Betroffenen

Die Zustimmung (§ 1 Abs 2 2. Fall DSG 2000) ist eine von drei verschiedenen Eingriffsermächtigungen, die einen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz rechtfertigen<sup>360</sup>. Als verfassungsunmittelbare Eingriffsermächtigung bedarf es keiner sonstigen Rechtsgrundlage – insbesondere einer gesetzlichen – wenn eine Zustimmung des Betroffenen vorliegt.

Je nach Freiheitsgrad der Entscheidung sind folgende Rechtslagen zu unterscheiden:

1. zwangsfreie (echte) Zustimmung: In diesem Fall müssen keine überwiegenden berechtigten Interessen iSd § 1 Abs 2 3. Fall DSG 2000 vorliegen.

---

<sup>360</sup> Die terminologische Ähnlichkeit zu den Fällen des (übergesetzlichen) Notstands ist keineswegs so abwegig, wie sie auf den ersten Blick erscheint – beide Male werden an und für sich rechtswidrige Handlungen durch das Vorliegen besonderer Umstände legitimiert (gerechtfertigt).

2. erzwungene (unechte) Zustimmung: In diesem Fall müssen jedenfalls berechtigte Interessen vorliegen – ob diese auch überwiegen müssen oder nicht wird an anderer Stelle<sup>361</sup> erörtert.
3. keinerlei Abstellen auf den Willen des Betroffenen: In diesem Fall müssen jedenfalls überwiegende berechtigte Interessen iSd § 1 Abs 2 3. Fall DSG 2000 vorliegen.

Während sich die Fälle 1 und 3 klar und zweifellos aus dem § 1 DSG 2000 ableiten lassen, ist dies für Fall 2 nicht so leicht möglich. Das liegt daran, dass in Fall 2 häufig auch berechtigte Interessen des Auftraggebers bestehen und ein Überwiegen nur sehr schwer festgestellt werden kann.

Die gültige Zustimmung legitimiert den Eingriff<sup>362</sup> – ist sie nicht gültig, kann der Eingriff trotzdem zulässig sein, wenn er auf andere Eingriffsermächtigungen gestützt werden kann. Für die Zulässigkeit des Eingriffs genügt, dass die gegebene Zustimmung gültig ist, der Eingreifende braucht sich nicht ausdrücklich darauf zu berufen.<sup>363</sup>

#### 4.6.2.1. Echte und unechte Zustimmungen

Durch die zum Teil unreflektierte Annahme der Zulässigkeit von Zustimmungen werden Auslegungsprobleme hinsichtlich des Fehlens von Zwang geschaffen, die vielleicht nicht notwendig wären. Nicht nur Private auch der Gesetzgeber<sup>364</sup> selbst sprechen von Zustimmung (§ 1 Abs 2 2. Fall DSG 2000), wo eigentlich überwiegende berechtigte

---

361 S unten Kap 4.7, Verhältnis der Eingriffsermächtigungen zueinander 94 und unten Kap 6.1.4.4, Vis Compulsiva 132.

362 Zum Begriff des Grundrechtseingriffs siehe oben Kap 4.6, Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die drei Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000 82.

363 Vgl für den Bereich des Telekommunikationsrechts (§ 107 TKG 2003), OGH 2.8.2005, 1 Ob 104/05h.

364 So zum Beispiel in § 55b Abs 1 iVm § 55a Abs 1 Z 2 SPG oder § 11a VersVG. Dass selbst der Gesetzgeber des DSG 2000 verschiedene Arten der Einwilligung in den Grundrechtseingriff kennt, zeigt sich in den §§ 8 f DSG 2000. Dort ist festgelegt unter welchen Voraussetzungen schutzwürdige (Geheimhaltungs)interessen iSd § 1 Abs 1 DSG 2000 nicht verletzt sind. § 9 Z 1 DSG 2000 stellt auf die Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst ab, während § 9 Z 6 DSG 2000 auf die Zustimmung des Betroffenen abstellt. Verfassungsrechtlich wären beide Fälle als Zustimmungsfälle iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 zu beurteilen – dennoch werden sie auf einfachgesetzlicher Ebene unterschieden. Zugegebenermaßen ist die Trennlinie in diesem Fall allerdings nicht die Echtheit der Zustimmung, sondern deren Widerrufbarkeit.

Interessen iSd § 1 Abs 2 3. Fall DSG 2000 vorliegen. Auf Grund der Gleichwertigkeit der Eingriffsermächtigungen<sup>365</sup> wird dadurch das Grundrecht auf Datenschutz zwar nicht verletzt, dennoch werden Interpretationsprobleme aufgeworfen, die vermeidbar sind. Eine negative Definition der Zustimmungsfälle in Bezug auf die beiden anderen Eingriffsermächtigungen<sup>366</sup> könnte diesbezüglich Abhilfe schaffen. Demnach wären **echte Zustimmungsfälle**, alle Fälle eines Grundrechtseingriffs, bei denen der Eingriff weder im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen noch im überwiegenden berechtigten Interesse eines anderen erfolgen soll. Davon zu unterscheiden wären die **unechten Zustimmungsfälle**, bei denen der Eingriff in das Grundrecht auf Grund einer Zustimmung des Betroffenen erfolgen soll, der Eingriff aber bereits durch eine der beiden anderen Eingriffsermächtigungen gedeckt ist.<sup>367</sup> Die echten Zustimmungsfälle sind somit weder Teil- noch Übermenge der unechten Zustimmungsfälle.

§ 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 nennt bloß die Zustimmung schlechthin, wohingegen die Ziffern 1 und 6 des § 9 DSG 2000 zeigen, dass der Gesetzgeber selbst zwischen verschiedenen Fällen des informationellen Selbstbestimmungsrechts unterscheidet.

Ohne dies ausdrücklich zu benennen unterscheidet auch die Datenschutzkommission<sup>368</sup> die Fälle echter und unechter Zustimmung, wenn sie in Bezug auf die Mitwirkung bei einem Verfahren zur Feststellung der Zuverlässigkeit (§ 25 Waffengesetz) Folgendes festhält:

Das Waffengesetz (WaffG) ist ein Gesetz, das im Sinne von Art 8 der Europäischen Konvention für Menschenrechte, BGBl. Nr. 210/1958 (EMRK), zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung notwendig ist, und sieht die Ermittlung von Gesundheitsdaten, einschließlich solcher über den psychischen Zustand einer Partei, im Rahmen der Verlässlichkeitsprüfung vor. Wer sich daher in ein waffenrechtliches Verfahren einlässt, muss mit der Ermittlung solcher Daten – oder einer abschlägigen Entscheidung in Folge mangelnder Mitwirkung am Ermittlungsverfahren – rechnen.

Die Verwendung des Wortes „Mitwirkung“ würde den Schluss nahelegen, dass es sich um einen Zustimmungsfall handelt. Dennoch hat die Datenschutzkommission in zutreffender Weise den Eingriff aus Sicht der dritten Eingriffsermächtigung<sup>369</sup> beurteilt.

---

365 Vgl unten Kap 4.7, Verhältnis der Eingriffsermächtigungen zueinander 113.

366 Gemeint sind damit die Fälle des lebenswichtigen Interesse des Betroffenen und der überwiegenden, berechtigten Interessen anderer.

367 Zur Unterscheidung von echten und unechten Zustimmungsfällen darf auf *Reimer in Jahnell/Sieglwart/Fercher* 194 f verwiesen werden.

368 DSK 18.5.2000, 120.686/3-DSK/00.

369 Dies ist die Eingriffsermächtigung, bei der aus überwiegendem, berechtigten Interesse eines anderen

Eine in diesem Fall gegebene Zustimmung wäre eine unechte, da bereits eine Rechtsgrundlage für den Eingriff aus einer anderen Eingriffsermächtigung besteht.

Die Unterscheidung von echten und unechten Zustimmungen ist insofern von Relevanz, als für unechte Zustimmungen nicht die selben Erfordernisse gelten wie für echte. Grundsätzlich macht die Zustimmung die Datenverwendung zweifelsfrei. Allerdings ist die Zulässigkeit der Datenverwendung in Frage gestellt, wenn die Zustimmung nicht gültig ist. In solchen Fällen hilft die Unterscheidung zwischen echten und unechten Zustimmungen, da die Datenverwendung bei Vorliegen einer unechten Zustimmung vielleicht auf einen anderen verfassungsunmittelbaren Eingriffstatbestand gestützt werden kann.

Besonders deutlich ergibt sich die Unterscheidung echter und unechter Zustimmungen – auch wenn sie nicht derart benannt werden – aus dem Text der Datenschutzrichtlinie. Erwägungsgrund 70 *leg cit* erwähnt die Einwilligung, während im gleichen Atemzug von vertraglichen Verpflichtungen die Rede ist. Es wird also zwischen Verpflichtungen, denen der Betroffene zugestimmt hat (sonst bestünde ja gar kein Vertrag) und Einwilligungen unterschieden.

#### 4.6.2.2. Pflicht zur Zustimmung

Kommen wir noch einmal auf das bereits erwähnte Beispiel der Sicherheitsüberprüfung zurück: § 55b Abs 1 SPG statuiert, dass der Betroffene – außer in den Fällen des § 55a Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 2 SPG – zustimmen muss. § 3 des Informationssicherheitsgesetzes macht den Zugang zu vertraulicher, geheimer oder streng geheimer Information von einer derartigen Sicherheitsüberprüfung abhängig. Die Verwendung der Betroffenenendaten – somit die Zustimmung des Betroffenen – ist Voraussetzung für den Zugang zu bestimmten Dokumenten. Dabei ist durchaus der Fall denkbar, dass beispielsweise für einen Mitarbeiter des BVT<sup>370</sup>, ein Zugriff auf solche Dokumente Teil seiner Aufgaben ist. Er kommt durch diese Bestimmung unzweifelhaft in die (Zwangs)lage der Sicherheitsüberprüfung, somit der Verwendung seiner Daten, zuzustimmen. Hier kann freilich nicht mehr von einer Zustimmung gesprochen werden, denn dafür fehlt zumindest die Zwangsfreiheit als wesentliches Tatbestandsmerkmal. Das bedeutet allerdings nicht, dass eine derartige Vorgehensweise des Gesetzgebers

---

in das Grundrecht auf Datenschutz eingegriffen werden darf.

370 Bundesamt für Verbrechens- und Terrorismusbekämpfung.

unzulässig ist<sup>371</sup>. Statt die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Grundrechtseingriffs unter dem Blickwinkel des Rechtfertigungselements „Zustimmung“ zu prüfen, muss bloß der Prüfungsfokus auf das Vorliegen überwiegender berechtigter Interessen gelenkt werden. Nun stellt sich aber die Frage, warum der Gesetzgeber eine derartige Konstruktion gewählt hat und ob nicht doch ein Unterschied zwischen einer Pflicht zur Verwendung von Daten, die den Grundrechtseingriff unabhängig vom Willen und vielleicht sogar Wissen des Betroffenen vorsieht und einer Zustimmung als Bedingung bzw Voraussetzung für ein vom Betroffenen vielleicht nicht nur gewolltes, sondern uU auch benötigtes (Rechts)gut, besteht.

Mit Blick auf die Auswirkung der Norm kann in solchen Fällen nicht zwischen einer Pflicht zur Zustimmung und einer unbedingten Eingriffsermächtigung unterschieden werden. Für die Frage ob ein Eingriff vorliegt oder nicht ist es irrelevant, ob der Betroffene faktisch gezwungen ist, zur Erfüllung einer rechtlich zulässigen Bedingung, die Daten zu liefern oder ob er unmittelbar, dh ohne Dazwischentreten einer Bedingung, rechtlich verpflichtet ist, die Daten zu liefern. Im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Beurteilung ist daher die Pflicht zur Zustimmung einem angeordneten Grundrechtseingriff gleich zu halten<sup>372</sup>. Derartige Konstellationen sind auf das Vorliegen

---

371 Ein weiteres Beispiel in dem der Gesetzgeber eine derartige Lösungen gewählt hat ist § 19 Abs 1 Z 8 Anti-Doping-Bundesgesetz 2007, BGBl I 2007/30 idF BGBl I 2008/115, wonach sich Sportler vor Aufnahme in die höchsten Kader schriftlich zur Zustimmung (künftiger) Datenverwendungen für Zwecke der Dopingkontrolle zu verpflichten haben.

372 So auch *BKA-VD*, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 2. Das Denken des Menschen ist ein Finales – was auch immer der Mensch tut, er tut es um ein bestimmtes Ziel – einen Zweck zu erreichen. Manche individuellen Ziele schaden der Rechtsgemeinschaft, viele lassen diese unberührt und manche nützen ihr. Die Rechtsordnung trägt dem Rechnung – am augenfälligsten in der strafrechtlichen Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit – und beurteilt das menschliche Handeln nach seiner Intention, dh dem eigentlich angestrebten Zweck. Der – selten offensichtliche – Zweck ist in der Lage die Beurteilung zweier ident erscheinender Handlungen weit auseinander zu treiben. Die umfassende Betrachtung eines Phänomens – sei es menschliche Handlung, sei es positive Norm – hat daher immer auch den Zweck zu berücksichtigen, mag sie nicht dem Vorwurf einer verkürzten Sicht ausgesetzt sein. Es ist somit nur denkrichtig in die Bewertung rechtlicher Normen auch deren angestrebten Zweck einfließen zu lassen. Die im Regelfall auf Grund der Norm eintretenden Konsequenzen müssen als von der Intention des Gesetzgebers umfasst angesehen werden, da andernfalls von einem nicht zu unterstellenden Unverständnis des Gesetzgebers auszugehen wäre. Zur Ausgangsproblematik zurückkehrend lässt sich somit festhalten, dass Bestimmungen in denen eine Zustimmung verlangt wird, jenen Bestimmungen gleich zu halten sind, die per se einen Eingriff

überwiegender berechtigter Interessen angewiesen, da andernfalls eine Grundrechtsverletzung vorläge.

#### 4.6.2.3. Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff

Der einfachgesetzliche Zustimmungsbegriff<sup>373</sup> ist definiert als Willenserklärung die sich auf zumindest teilweise automationsunterstützt verwendete Daten bezieht. Die Willenserklärung, die sich auf automationsunterstützte Daten bezieht ist allerdings nur eine von vielen faktischen Möglichkeiten Daten dem eigenen Willen entsprechend zu verwenden. Einerseits können Daten auch zur Gänze nicht automationsunterstützt verwendet werden, andererseits kann statt einer Willenserklärung, beispielsweise auch eine Willensbetätigung<sup>374</sup> Grund für die Datenverwendung sein. Mit Blick auf die Interessenlage wie sie in den Eingriffsermächtigungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 offensichtlich zu Tage tritt<sup>375</sup>, können diese vom Tatbestand des § 4 Z 14 DSG 2000 abweichenden Fälle trotz ihrer Abweichung vom einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff nur dem verfassungsgesetzlichen Eingriffstatbestand<sup>376</sup> „Zustimmung“ zugeordnet werden. Der verfassungsgesetzliche Zustimmungsbegriff ist daher umfassender als der einfachgesetzliche.

Diese offensichtliche größere Weite des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs führt dazu, dass man zwischen dem verfassungs- bzw grundrechtlichen Begriff der Zustimmung und dem einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff unterscheiden muss. Während die einfachgesetzliche Zustimmung als einseitige<sup>377</sup>, empfangsbedürftige Willenserklärung verstanden wird, umfasst der verfassungsrechtliche

---

verlangen.

373 Ausführlich zur Unterscheidung *Reimer* in *Jahnel/Siegwart/Fercher* 199 f.

374 Wie etwa die in § 9 Z 1 DSG 2000 angesprochene Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst.

375 Es ist ganz klar, dass die beiden Eingriffstatbestände „lebenswichtiges Interesse“ und „Zustimmung“ den Eigeninteressen des Betroffenen zuzurechnen sind und die „überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen“ den Fremddinteressen (einer vom Betroffenen verschiedenen Person).

376 Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst spricht in seinem Rundschreiben BKA-810.016/0001-V/3/2007 vom 18. Mai 2008 von verfassungsunmittelbaren Eingriffsermächtigungen. Von den verfassungsgesetzlichen Eingriffstatbeständen sind die einfachgesetzlichen, wie sie besonders prominent in den §§ 8 f DSG 2000 geregelt sind, zu unterscheiden.

377 Eine Willenserklärung kann immer nur einseitig sein, im Gegensatz zu einem Rechtsgeschäft, das auch zwei- oder mehrseitig sein kann.

Zustimmungsbegriff jedenfalls auch Realakte, weshalb sowohl die Eigenschaften „Empfangsbedürftigkeit“ als auch „Willenserklärung“ nicht konstitutiv für den verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff sein können.

Diese Zuordnung zu einem<sup>378</sup> verfassungsgesetzlichen Eingriffstatbestand ist notwendig, da die Liste der Eingriffstatbestände gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 taxativ ist. Geht man also von der Zulässigkeit dieser „abweichenden Fälle“ aus – und für die Veröffentlichung gemäß § 9 Z 1 DSG 2000 beispielsweise muss man dies aus europarechtlichen Gründen<sup>379</sup> – so muss eine Zuordnung zu einem verfassungsgesetzlichen Eingriffstatbestand erfolgen.

Nichtsdestotrotz besteht ein gemeinsamer Kern beider Zustimmungsbegriffe der in der Autonomie des Betroffenen besteht<sup>380</sup>. *Spieß* etwa sieht als wichtigstes Element der Einwilligung die Freiwilligkeit der Willenserklärung an.<sup>381</sup> Dh Konstruktionen, die der Autonomie des Betroffenen nicht voll Rechnung tragen, können weder als Zustimmung im einfachgesetzlichen noch verfassungsrechtlichen Sinn angesehen werden.

#### 4.6.2.3.1. Verfassungskonformität des einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriffs

Nachdem der unterschiedliche Umfang der beiden Zustimmungsbegriffe festgestellt worden ist, stellt sich nun die Frage ob der einfachgesetzliche Zustimmungsbegriff als engerer der beiden überhaupt verfassungskonform ist. In VfSlg 15.273/1998<sup>382</sup> hat der

---

378 Zur Frage ob Eingriffshandlungen von einem einzigen Eingriffstatbestand zur Gänze umfasst sein müssen oder auch von mehreren teilweise umfasst sein dürfen siehe unten Kap 4.7.1, Die Kombination von Eingriffsermächtigungen insbesondere bei unvollständig erfüllten Eingriffstatbeständen 114.

379 Die Veröffentlichung sensibler Daten durch den Betroffenen selbst ist in der Datenschutzrichtlinie in Art 8 Abs 2 lit e vorgesehen.

380 Siehe dazu auch unten Kap 6.2.2, Zulässigkeit von Widerspruchsobliegenheiten 161.

381 *Spieß*, Grundrechtsverzicht 11.

382 Mit diesem Erkenntnis hob der VfGH den zweiten Satz des § 3 Abs 1 lit a der Hundeabgabe-Verordnung der Marktgemeinde Hard (Definition des Wachhundes) wegen Widerspruchs zu § 15 Abs 3 Z 3 FAG 1997 auf. Die Bestimmung des FAG 1997 hatte dem Ordnungsgeber – dies anerkannte auch der VfGH – einen gewissen Spielraum bei der Definition des Wachhundes überlassen. Allerdings überschritt der Ordnungsgeber mit seiner Definition des Wachhundes diesen Spielraum, da sie den Begriff des Wachhunds gegenüber dem allgemeinen Sprachgebrauch stark einschränkte. Der VfGH ging nämlich davon aus, dass „Wachhund“ iSd FAG 1997 nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zu verstehen sei. Da die Einschränkung des gesetzlichen Begriffs auch



Verfassungsgerichtshof nämlich die Einschränkung einer übergeordneten Legaldefinition durch eine untergeordnete Rechtsnorm – in diesem Fall eine Verordnungsbestimmung – als gesetzwidrig erachtet.

Dieselben Überlegungen, die zur Ausdehnung des verfassungsgesetzlichen Zustimmungsbegriffs gegenüber dem einfachgesetzlichen geführt haben, zeigen auf einfachgesetzlicher Ebene, dass die Zustimmung gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 nicht der einzige Zustimmungsfall iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 ist.

#### 4.6.2.3.2. Unterscheidung der beiden Zustimmungsbegriffe

Kann man – wie oben gezeigt – von der Verfassungsmäßigkeit des einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriffs ausgehen, stellt sich die Frage, wie die beiden Begriffe im Gesetzestext unterschieden werden können. Diese Frage ist wichtig, da nur der einfachgesetzliche Zustimmungsbegriff auf die jederzeitige Widerrufbarkeit und die „*Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall*“ abstellt.

Ein Blick auf die Interessenlage kann auch hier helfen: die Regelungen zur einfachgesetzlichen Zustimmung (§§ 4 Z 14, 8 Abs 1 Z 2 und 9 Z 6 DSG 2000) sehen mit den genannten Voraussetzungen Mechanismen zum Schutz der Willensfreiheit des Betroffenen vor. Wo ein besonderes Gefährdungspotential für die Willensfreiheit diese Mechanismen erforderlich erscheinen lässt, ist von einem Bezug auf die einfachgesetzliche Zustimmung auszugehen.

#### 4.6.2.4. Zustimmung und Legalitätsprinzip

Nach *Spieß* ist es fraglich ob der Verzicht – gemeint ist der Grundrechtsverzicht – vor dem Hintergrund des Gesetzmäßigkeitsprinzips als alleinige Handlungsgrundlage für den Staat ausreichend und beachtlich ist.<sup>383</sup> Das einschlägige Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst sieht Eingriffe mit Zustimmung des Betroffenen unmittelbar auf § 1 Abs 2 DSG 2000 gestützt und daher zulässig an.<sup>384</sup>

---

nicht auf eine andere einfachgesetzliche Bestimmung gestützt werden konnte, war die in der Verordnung enthaltene Definition als gesetzwidrig aufzuheben.

383 *Spieß*, Grundrechtsverzicht 16.

384 Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 2: „§ 1 Abs. 2 erlaubt Eingriffe in das Recht auf Geheimhaltung zunächst dann, wenn sie im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgen. Für derartige Eingriffe besteht kein

Das österreichische Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG für die Verwaltung und Art 83 B-VG für die Gerichtsbarkeit) bestimmt, dass der Staat nur auf Grund der Gesetze handeln darf. Nach § 1 Abs 2 DSG 2000 gibt es neben dem Gesetz noch drei andere Eingriffsmöglichkeiten: erstens die „lebenswichtigen Interessen“, zweitens die „Zustimmung“ und drittens „überwiegende berechnigte Interessen anderer“ im privaten Bereich. Für die lebenswichtigen Interessen ist es anerkannt, dass bei ihrem Vorliegen keine gesetzliche Grundlage für den Eingriff erforderlich ist. Da die verfassungsgesetzliche Eingriffsermächtigung „Zustimmung“ gleich geregelt ist, ist auch in diesen Fällen keine gesetzliche Grundlage erforderlich:

1. § 1 DSG 2000 stellt eine *lex specialis* zu den generellen Legalitätsbestimmungen des B-VG dar. Es handelt sich bei § 1 DSG 2000 zudem um die jüngere Norm, sodass sie auch nach dem Prinzip *lex posterior derogat legi priori* den generellen Legalitätsbestimmungen des B-VG vorgeht.
2. Es ist bei Ausnahmen vom Legalitätsprinzip – noch dazu bei einer die dem Willen des Betroffenen zum Durchbruch verhilft und damit das liberale Prinzip stärkt – nicht von einer Baugesetzwidrigkeit beispielsweise im Hinblick auf das Rechtsstaatlichkeitsprinzip auszugehen.<sup>385</sup> Nach Ansicht des VfGH<sup>386</sup> können zu „*einem solchen Widerspruch [...] Eingriffe in die Grundprinzipien der Bundesverfassung, wie etwa eine Einschränkung der Gesetzesprüfungskompetenz des Verfassungsgerichtshofes oder eine Durchbrechung der Grundrechtsordnung*“ führen. Beides liegt hier nicht vor. In solchen Fällen könnte nämlich auch eine Verfassungsbestimmung als verfassungswidrig aufgehoben werden<sup>387</sup>.
3. In Vorarbeiten zum DSG wurde ein Vorentwurf für ein Grundrecht auf Datenschutz vorgeschlagen – das als Art 10b des Staatsgrundgesetzes hätte eingefügt werden sollen. In diesem Zusammenhang wurde ausgeführt, dass:  
*„Art. 10b StGG [...] im Lichte des Grundsatzes der österreichischen*

---

*Gesetzesvorbehalt, dh sie können unmittelbar auf Grundlage des § 1 Abs. 2 stattfinden, wenngleich sie einfachgesetzlich ausgestaltet bzw. präzisiert werden können, um etwa in einem Rechtsgebiet typischerweise auftretende Fallkonstellationen zu erfassen.“*

385 Bei der Lenkerakunft (§ 103 Abs 2 KFG), die das verfassungsgesetzliche Verbot der Selbstbeschuldigung (Art 90 Abs 2 B-VG, Art 6 EMRK) verletzt, hat der VfGH keine Baugesetzwidrigkeit erkannt.

386 VfGH 29.9.1988, VfSlg 11.829/1988.

387 VfGH 11.10.2001, VfSlg 16.327/2001.

*Verfassungsrechtsordnung zu sehen [wäre], wonach gemäß Art. 18 B-VG das staatliche Handeln stets einer entsprechenden einfachgesetzlichen Grundlage bedarf, privates Handeln hingegen so lange erlaubt ist, als nicht besondere gesetzliche Vorschriften die Handlungsfreiheit des Einzelnen einschränken.“* Zu diesem Beharren auf der gesetzlichen Grundlage für staatliches Handeln ist aber zu sagen, dass kein verfassungsgesetzlicher Eingriffstatbestand „Zustimmung“ in diesem Vorentwurf vorgesehen war.

Es besteht somit kein Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, selbst wenn eine Behörde in das Grundrecht eingreifen will.<sup>388</sup> Die Anforderungen an den Determinierungsgrad ergeben sich bei Gesetzen sowohl aus den Art 18 und 83 B-VG als auch § 1 Abs 2 DSG 2000 und bei Zustimmungserklärungen aus den §§ 6 Abs 3 KSchG (Transparenzgebot) und 4 Z 14 DSG 2000. Wenn auch die systematische Einordnung völlig verschieden ist – einerseits geht es um die ausreichende Bestimmtheit von Vorschriften des öffentlichen Rechts, andererseits um die ausreichende Klarheit von vertraglichen Bestimmungen des Privatrechts – so stellt doch die unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts die Klammer dar, die zu parallelen Anforderungen an Eingriffsermächtigungen, sei es im Bereich des öffentlichen Rechts, sei es im Bereich des Privatrechts, führt.

#### 4.6.3. Eingriffe im überwiegenden berechtigten Interesse eines anderen

##### 4.6.3.1. Bedeutung der Interessenabwägung für die Beurteilung von Zustimmungen

Interessenabwägungen sind kein Spezifikum der Grundrechtsdogmatik<sup>389</sup>. Im Zusammenhang mit Zustimmungen sind Interessenabwägungen in zweierlei Hinsicht von Bedeutung:

---

388 Ähnlich oben Kap 4.5, Zustimmung als Grundrechtsverzicht – indisponible Bereiche des Grundrechts auf Datenschutz 73.

389 Vgl für viele OGH vom 20.08.2008, 9 ObA 89/07i, wonach „[d]er Umfang der Beistellungspflicht [gemäß § 72 ArbVG] anhand einer Interessenabwägung zwischen den Bedürfnissen des Betriebsrats einerseits und der Größe des Betriebs im Sinne der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Betriebsinhabers andererseits zu bestimmen [ist]“.

1. wo keine überwiegenden Interessen bestehen, kann nur eine echte Zustimmung<sup>390</sup> die Verwendung der Daten legitimieren außerdem
2. kann es über die Interessenabwägung zu einer Rückwirkung rangniedrigerer Normen auf ranghöhere Normen kommen<sup>391</sup>.

Wo unterschiedliche Prinzipien<sup>392</sup> – wie etwa Grundrechte – nicht voneinander unterschieden sind, können für einen Fall mehrere Prinzipien gleichzeitig relevant sein. Während Regelkonflikte<sup>393</sup> zur Ungültigerklärung einer Regel führen – etwa nach den Regeln „lex posterior derogat legi priori“ oder „lex specialis derogat legi generali“ – finden „Prinzipienkollisionen [...], da nur geltende Prinzipien kollidieren können, jenseits der Dimension der Geltung in der Dimension des Gewichts<sup>31</sup> statt“<sup>394</sup>.

Im Gegensatz zu Regelkonflikten werden Prinzipienkollisionen mittels Interessenabwägungen aufgelöst. Ihnen und vor allem der Frage wie man sie objektivieren kann kommt daher in der gesamten Rechtswissenschaft eine gewichtige Bedeutung<sup>395</sup> zu.

---

390 Zur Unterscheidung echter und unechter Zustimmungen vgl. oben Kap. 4.6.2.1, Echte und unechte Zustimmungen 90.

391 S. oben Kap. 4.3, Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung 57.

392 Zum Begriff des Prinzips darf auf Alexy, Grundrechte 75 verwiesen werden: „Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote<sup>23</sup>, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln<sup>24</sup> bestimmt.“

393 Zum Begriff der Regel darf ebenfalls auf Alexy, Grundrechte 76 verwiesen werden: Danach „sind Regeln Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“.

394 Alexy, Grundrechte 79.

395 In diesem Zusammenhang darf beispielhaft verwiesen werden auf: Gutknecht, Interessenabwägung bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung – Relevanz und Bewertung der Interessen, ZVB 2001/30; Hütter, Das Problem der „Interessenabwägung“ – Eine philosophische Reflexion, JRP 1999, 160; Souhrada, Pflichtversicherung oder Versicherungspflicht in der Krankenversicherung – Gedanken zwischen Recht und Volkswirtschaft, SozSi 2001, 133; Tschurtschenthaler, Die Interessenabwägung aus Sicht des Ökonomen, JRP 1999, 168; Weber, Rechtsprobleme der naturschutzrechtlichen Interessenabwägung am Beispiel des § 27 Tiroler Naturschutzgesetz, JRP 1999, 176; Winkelbauer, Sicher – Kosten und Nutzen – ROSEBUD: Entscheidungen über Verkehrssicherheitsmaßnahmen auf Basis volkswirtschaftlicher Kostenrechnung, ZVR 2005, 412.

#### 4.6.3.2. Zum Begriff des Interesses

Jellinek stellt Gut und Interesse<sup>396</sup> einander gegenüber. Jenes sei, „das, was die nach der Ansicht der Rechtsordnung nothwendigen oder doch anerkannten Zwecke des Individuums fördert oder erfüllt. [...] Was objektiv als Gut erscheint, wird subjektiv zum Interesse. Ein Interesse ist ein Gut nach der subjektiven Werthschätzung für die menschlichen Zwecke.“<sup>397</sup>

Nach Ansicht des VwGH kann von einem *rechtlichen Interesse* nur dann gesprochen werden, wenn Auswirkungen auf ein Rechtsverhältnis zumindest möglich sind.<sup>398</sup> „Ob ein Interesse einer Person an Geheimhaltung von Daten besteht, ist [...] von den Vorstellungen, Einschätzungen und Wünschen, also letztlich vom Willen der betreffenden Person abhängig“.<sup>399</sup> Die Idee der Subjektivität des Interesses hat sich also bis heute erhalten. Dennoch kommt es nicht auf die individuelle Wertschätzung, sondern die von der Rechtsordnung selbst vorgenommene Durchschnittswertschätzung an. Erst durch diese wird das Gut zum Interesse.<sup>400</sup>

Nach Ansicht des OGH sind „[a]ls berechtigte Interessen Dritter [...] unter anderem auch subjektive, auf gesetzlicher oder vertraglich vereinbarter Grundlage beruhende Ansprüche anerkannt“<sup>401</sup>. Zur Vereinbarung von überwiegenden berechtigten Interessen ist Folgendes festzuhalten: natürlich können auf Grund der Privatautonomie *überwiegende berechtigte Interessen* „vereinbart“ werden. Ob solche Vereinbarungen dem Eingriffstatbestand „Zustimmung“ oder „überwiegende berechtigte Interessen“ zuzuordnen ist, hängt von der tatsächlichen Interessenlage ab: Liegt objektiv kein überwiegendes berechtigtes Interesse vor und wird dieses „direkt vereinbart“ so kann sich eine solche Vereinbarung nur auf den verfassungsgesetzlichen Eingriffstatbestand „Zustimmung“ stützen. Besteht hingegen auch faktisch ein überwiegendes berechtigtes Interesse und wird dieses durch Vereinbarung bloß festgehalten oder durch Gestaltung der Interessen erzeugt, so unterliegen Datenverwendungen auf Grund dieser Vereinbarung dem Eingriffstatbestand „überwiegende berechtigte Interessen“.

---

396 Zum Begriff des Interesses vgl etwa Hütter, JRP 1999, 161 f.

397 Jellinek, System 40.

398 Vgl VwGH 9.9.2003, 2002/01/0133.

399 Rill, Das Grundrecht auf Datenschutz, in Duschaneck (Hrsg) Datenschutz in der Wirtschaft (1981) 21.

400 Jellinek, System 40.

401 OGH 26.8.1999, 2 Ob 244/99t.

Ein überwiegendes berechtigtes Interesse liegt jedenfalls vor, wenn ein Zweck durch den Gesetzgeber legitimiert ist, da dieser – durch die Verfassung – zur verbindlichen Festlegung von allgemein anerkannten bzw anzuerkennenden Rechten und Pflichten somit der allgemein anerkannten Interessen ermächtigt ist<sup>402</sup>. Aus der Festlegung der Interessen durch den Gesetzgeber kann man allerdings noch nicht ableiten, dass alle Handlungen, die zur Erreichung dieses Zweckes notwendig sind, ohne weiteres mitlegitimiert sind. Einerseits steht dem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entgegen, sodass zumindest eine Beschränkung auf die Handlungen, die zur Zielerreichung wirklich notwendig sind, angenommen werden muss. Andererseits hatte der Gesetzgeber mit ziemlicher Sicherheit nur die wahrscheinlichsten Fälle vor Augen, sodass nicht alle denkbaren sondern nur die naheliegendsten Vorgehensweisen als zulässig anzusehen sind. Beispielsweise hält der Gesetzgeber fest, dass der Abschluss von Kaufverträgen zulässig ist. Daraus ergibt sich, dass damit auch die üblich verbundenen Datenverwendungen erlaubt sind. Bemerkenswert ist hier allerdings der strukturelle Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht: im öffentlichen Bereich (§ 1 Abs 2 DSG 2000) ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, dh es müssen Eingriffserlaubnisse im Gesetz vorgesehen sein – im privaten Bereich ist **keine** gesetzliche Grundlage vorgesehen, dh es sind Eingriffsverbote im Gesetz vorzusehen, nicht aber Eingriffserlaubnisse.<sup>403</sup>

#### 4.6.3.3. Möglichkeiten zur Objektivierung von Interessenabwägungen

*„Gegen das Konzept der Abwägung ist immer wieder eingewandt worden, daß es keine Methode darstelle, die eine rationale Kontrolle ermögliche. Werte und Prinzipien regeln ihre Anwendung nicht selbst, also bleibe die Abwägung dem Belieben des Abwägenden überlassen.“*<sup>404</sup> Diese nicht unberechtigte Kritik soll Anlass sein im Rahmen dieser Arbeit verschiedene Lösungsansätze zur Objektivierung von Interessenabwägungen anzubieten. Möglich Ansätze wären:

##### 1. **Orientierung an den in der Rechtsordnung enthaltenen Wertungen:** dem

---

402 Ähnlich *Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre, JRP 2000, 65 (70) wenn er schreibt, dass *„Werte nicht erkannt, sondern nur postuliert werden können“*.

403 Näher dazu siehe oben Kap 1.3.6, Die „natürliche Freiheit“ 32.

404 *Alexy*, Grundrechte 143.

Ansatz *Winklers*<sup>405</sup> folgend soll die gesamte Rechtsordnung als Wertepool<sup>406</sup> herangezogen werden; dafür ist es allerdings erforderlich die in der Rechtsordnung enthaltenen Abwägungen ausfindig zu machen<sup>407</sup>;

2. **Beurteilung der Situation anhand des globalen Optimierungsgebots:**<sup>408</sup> nach diesem – an utilitaristischen Ideen angelehnten – Ansatz sollen Interessenabwägungen so getroffen werden, dass in Summe der geringste Schaden entsteht;
3. **Orientierung an einer objektiven Vergleichsperson:**<sup>409</sup> das Abstellen auf eine objektive Vergleichsperson birgt die große Gefahr der Willkür in sich, da die objektive Vergleichsperson nur eine Fiktion der Rechtsanwendung ist und wissenschaftlich gesehen durch nachvollziehbare Untersuchungen (siehe sogleich nächster Punkt) unterlegt sein müsste; der Vollständigkeit halber wird diese Idee erwähnt, allerdings auf Grund der offensichtlichen Mängel nicht näher beleuchtet;
4. **Orientierung an empirischen Studien:** hier bestehen vor allem Bedenken gegen das Verlassen der juristischen Methode. Nach *Winkler* sind Fragen der Rechtswissenschaften mit Methoden der Rechtswissenschaften zu untersuchen.<sup>410</sup> Diesem Ansatz ist grundsätzlich zuzustimmen, doch soll hier auf

---

405 *Winkler*, Wertbetrachtung 39 ff.

406 Nach *Schlick*, Fragen der Ethik 128 ff. „erschöpft sich“ „das Wesen des Wertes“ im „Gefühl der Lust“.

407 S. dazu unten Kap. 4.6.3.3.1, Das Auffinden von Interessenabwägungen in der Rechtsordnung 104.

408 S. dazu unten Kap. 4.6.3.3.3, Bentham's Glücksrechnung als Möglichkeit zur Objektivierung von Interessenabwägungen 107 sowie Kap. 4.6.3.3.4, Die Feststellung der Eingriffsfolgen als Möglichkeit zur Objektivierung von Interessenabwägungen 109.

409 Vgl. etwa *Fabrizy/Foregger*, Rz 12a bei der Beurteilung wann eine Bedrohung vorliegt. Demnach ist für das Vorliegen einer gefährlichen Drohung „[n]icht ausschlaggebend ist [...], ob der Bedrohte wegen übergroßer Ängstlichkeit oder besonderen Gleichmutes vom Durchschnittsmaß abweichende Befürchtungen hegt“.

410 *Winkler*, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in FS *Antoniolli* (1979) 1 (27 f): „Nur wer den Gegenstand (Recht bzw. Verwaltungsrecht) wirklich kennt, ist in der Lage, sein Denken über den Gegenstand ebenso kritisch zu durchdringen und zu beherrschen wie seine Überlegungen zur Methode und zu seinem wissenschaftlichen Selbstverständnis in ihrer Anwendung. Wer den Gegenstand kennt, muß sich nicht mit dessen Äußerlichkeit begnügen, der kann auch auf die Zuflucht zum Leerformelargument verzichten, denn er weiß auch das Abstrakte auf konkrete Inhalte zurückzuführen.“

die bereits von *Winkler* zugeschriebene Dienfunktion der allgemeinen Wissenschaften hingewiesen werden.<sup>411</sup> Damit ist nämlich ein Rückgriff auf andere wissenschaftliche Methode etwa der Sozialforschung oder der ihr dienenden Statistik keineswegs als methodisch verfehlt zu betrachten. Die aufstrebende Disziplin der Rechtsfolgenanalyse<sup>412</sup> stellt dies eindrucksvoll unter Beweis. Der Rückgriff beispielsweise auf statistische Methoden – zu denken wäre im Zusammenhang mit dieser Arbeit vor allem an eine Befragung zur Zwangsschwelle<sup>413</sup> – könnte helfen bisher schwer fassbare Probleme nachvollziehbar zu lösen.

Das Objektivierungs- oder – wie es in der österreichischen Verfassungsrechtsprechung genannt wird – Sachlichkeitsgebot wurde vom VfGH<sup>414</sup> Anfang der 80er Jahre entwickelt. Auch verlangt es einerseits die wissenschaftliche Redlichkeit und andererseits die Rechtssicherheit, dass Entscheidungen nachvollziehbar sind. Die Begründung von Entscheidungen im täglichen juristischen Leben stellt eine der größten Errungenschaften gegenwärtiger Rechtssysteme dar. Nur so ist eine Korrektur falscher Entscheidungen – umgelegt auf die Wissenschaft eine Korrektur falscher<sup>415</sup> Ansätze – möglich.

---

*Die Gegenstandsbindung macht es verständlich, warum die durch die allgemeinen Wissenschaften angebotenen Methoden und Denkfiguren im verwaltungsrechtswissenschaftlichen Denken keinen Eigenwert haben.“*

411 *Winkler*, Wissenschaft 29: „Den allgemeinen Wissenschaften kann in ihrer Anwendung auf das Recht und auf das Rechtsdenken nur eine Dienfunktion zukommen“.

412 Dazu sei etwa auf die beiden Bände *Schäffer*, Evaluierung der Gesetze – Gesetzesfolgenabschätzung, sowie vor allem die umfangreiche Informationsseite des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst unter <http://www.bka.gv.at/site/5826/default.aspx> (18.12.2009) verwiesen.

413 Das Problem der Zwangsschwelle stellt sich insbesondere bei Junktimierungen – hier ist die große Frage welche Bedingungen noch zulässig sind, weil sie keinen Zwang darstellen und welche Bedingungen nicht mehr zulässig sind, weil sie bereits Zwang darstellen. S dazu unten Kap 6.1.4.4, Vis Compulsiva 153.

414 Vgl etwa VfSlg 11.639/1988, wonach sich das Sachlichkeitsgebot aus dem Gleichheitsgebot ergibt. Zum Sachlichkeitsgebot *Novak*, Verhältnismäßigkeitsgebot 58.

415 Von richtig und falsch im rechtswissenschaftlichen Zusammenhang zu sprechen ist eigentlich nicht zutreffend, da bloß von Übereinstimmung mit dem Gegenstand (hier: Recht) oder eben der Nichtübereinstimmung die Rede sein kann.



#### 4.6.3.3.1. Das Auffinden von Interessenabwägungen in der Rechtsordnung

*Winkler*<sup>416</sup> hat gezeigt, dass es sinnvoll ist, die in der Rechtsordnung getroffenen Interessenabwägungen heranzuziehen um so eine Nachvollziehbarkeit und Objektivierung der Interessenabwägungen zu erzielen. Auch das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst vertritt zumindest in Bezug auf die datenschutzrechtliche Interessenabwägung diese Ansicht, wenn es im Rundschreiben zur legislatischen Gestaltung von Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz<sup>417</sup> heißt, dass »*sich auch die unmittelbare Interessenabwägung an Maßstäben aus der Rechtsordnung orientieren (arg. „berechtigt“)*« muss. Nun stellt sich die Frage, wie schon bereits entschiedene Abwägungen in der Rechtsordnung aufgefunden werden können, denn die Suche nach den Begriffen „Interesse“ oder „Interessenabwägung“ im Gesetzestext ist offensichtlich nicht von Erfolg gekrönt.

Weiter hilft hier allerdings die Erkenntnis, dass jedes Recht und jede Pflicht, die der Gesetzgeber geschaffen hat, letztendlich auf einer Abwägung von Interessen beruht. Von diesem Standpunkt aus, ist also die gesamte Rechtsordnung ein schier unüberschaubarer Pool an bereits getroffenen Interessenabwägungen. Wer verpflichtet<sup>418</sup> wird – sei es zu einer aktiven Handlung oder zur Duldung zB eines Eingriffs – ist aus Sicht des Gesetzgebers nicht oder besser gesagt weniger schutzwürdig, als der Berechtigte. Auch hier tritt klar der Ausgleichsgedanke<sup>419</sup> der Rechtsordnung zu Tage, da verpflichtet wird, wer weniger schutzwürdig ist. Umgekehrt<sup>420</sup> kann man also von einer geringeren Schutzwürdigkeit ausgehen, wo eine Pflicht besteht. Dem liegt die Idee zu Grunde, dass grundsätzlich der Schwächere<sup>421</sup>

---

416 *Winkler*, Wertbetrachtung.

417 BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 5.

418 Zum Begriff der Rechtspflicht vgl *Schreiber*, Der Begriff der Rechtspflicht (1966).

419 Siehe auch unten Kap 4.7.2, Ermächtigungsinterner Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen 114. Ob dieser Ausgleich allerdings auch gerecht ist, hängt von den Kriterien der Schutzwürdigkeit ab.

420 *Jellinek*, System 47, sieht die Relation von Rechtssubjekten sogar als Wesensmerkmal von Recht an, wenn er feststellt, dass »*[a]lles Recht [...] Relation von Rechtssubjekten [ist], wo aus irgend einem Grund die Relation mangelt, ist daher auch das Recht ausgeschlossen.*«

421 Vgl OGH 16.1.1991, 9 ObA 311/90: »*Erfordern Maßnahmen zur Entlastung des Bundeshaushaltes Kürzungen, so verlangt das Gebot der Sachlichkeit, daß ein im Interesse der Gesamtheit zu erbringendes Opfer nicht punktuell gezielt eine relativ kleine Gruppe treffen darf, sondern entsprechend breit gestreut werden muß. Eine solche Kürzung kann nach sozialen Gesichtspunkten differenzieren und darf nicht tendenziell wirtschaftlich Schwächere stärker treffen.*«

bzw Unschuldigere schutzwürdiger ist.

Wenn man noch die Tatbestandselemente der Pflicht untersucht, kann man festhalten, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Interessenabwägung – nach Ansicht des Gesetzgebers – wie entschieden werden soll. So lassen sich mit Blick auf größere Rechtsgebiete – wie etwa Strafrecht oder Schadenersatzrecht – allgemeinere Entscheidungen destillieren: „*Wer einem anderen schadet, ist nicht schutzwürdig*“. Wohingegen mit Blick auf einzelne Bestimmungen – wie zum Beispiel § 6 Abs 3 UIG<sup>422</sup>, wonach bei umweltbelastenden Tätigkeiten kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht – schon wesentlich genauere Abwägungsregeln entnommen werden können. Problematisch ist in diesem Zusammenhang vor allem der privatrechtliche Bereich, da mangels Determinierungspflicht,<sup>423</sup> die Zahl der generellen Normen im Vergleich zu den individuellen verschwindend gering ist.

#### 4.6.3.3.2. Beispiele für getroffene Interessenabwägungen

Wo die Rechtsordnung dem Auftraggeber das Recht zugesteht, Daten eines Anderen zu verwenden, hat der Gesetzgeber entschieden, dass die Interessen an der Datenverwendung nicht nur berechtigt sind, sondern sogar überwiegen. Einerseits ist es auf Grund der Unsumme an möglichen Datenverwendungen nicht sinnvoll diese abschließend zu regeln, weil man im Umkehrschluss alle nicht normierten Datenverwendungen als unzulässig ansehen müsste. Andererseits wäre dies eine unzulässige Ausdehnung des Determinierungsgebotes auch auf alle privatrechtlichen Sachverhalte. Nichtsdestotrotz muss der Anwender des Datenschutzes oft Interessenabwägungen vornehmen. An dieser Stelle sollen einerseits um das breite Spektrum an betroffenen Lebenssachverhalten zu zeigen und andererseits um dem Rechtsanwender eine praktische Übersicht zu geben, was in der Judikatur getroffene Interessenabwägungen angeführt werden. Demnach tritt das Geheimhaltungsinteresse zurück gegenüber:

- dem Interesse der Prozesspartei Daten zur ungehinderten Prozessführung zu verwenden<sup>424</sup>,

---

422 Umweltinformationsgesetz, BGBl 1993/495.

423 Siehe dazu oben Kap 4.4.3, Auswirkungen der unmittelbaren Drittwirkung auf den materiellen Eingriffsvorbehalt des Grundrechts auf Datenschutz 66.

424 OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h.

- dem Informationsinteresse des (klagenden) Unterhaltberechtigten<sup>425</sup>,
- dem Interesse des Betroffenen (sic!) an einer Mithilfe der Universität beim Eintritt ins Berufsleben<sup>426</sup>,
- dem Auskunftsrecht jedes einzelnen Betroffenen, wenn Daten über bestimmte Geldtransaktionen auf einem Gemeinschaftskonto, die sich untrennbar auf mehrere Betroffene beziehen<sup>427</sup>,
- dem Interesse an einer funktionierenden inneren Organisation, wenn ein Lehrer einen kritischen Brief sowieso an alle Kollegen verschickt hat und dieser nun im „Lehrerzimmer“ publiziert wird<sup>428</sup>,
- dem grundsätzlichen Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung der Arbeitszeiten durch seine Arbeitnehmer<sup>429</sup>,
- dem Interesse kontoführender Institute zur Durchführung von Bankgeschäften hinsichtlich der erforderlichen Daten, wie etwa *„Name, Kontonummer des überweisenden Kunden, Höhe des zu überweisenden Betrages, Bankverbindung und Kontonummer, Zahlungszweck“*<sup>430</sup>,
- dem öffentlichen Interesse an der Auskunftserteilung hinsichtlich der für die Abgabenerhebung relevanten Daten<sup>431</sup>,
- dem (öffentlichen) Interesse an statistische Erhebungen von Wirtschaftsdaten für die Wirtschaftsforschung, sofern keine personenbezogene Veröffentlichung

---

425 OGH 17.3.2004, 9 ObA 50/03y.

426 DSK 13.10.1993, 120.434 = ZfVBDat 1994/2/5: *„Die Einholung der Zustimmung des Betroffenen ist im DSG nur in besonderen Fällen vorgesehen (vgl etwa § 7 Abs 1 Z 2 DSG), ansonsten geht der Gesetzgeber davon aus, daß die Interessenabwägung ohne Berücksichtigung subjektiver Elemente – eben anhand objektiver Maßstäbe – erfolgen soll. [...] Bei einer auf der allgemeinen Lebenserfahrungen fußenden Durchschnittsbetrachtung ist davon auszugehen, daß ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse an der Information, der Betroffene gehöre zu den jeweils 10% besten Studenten der Universität, nicht besteht, zumal das Interesse der Betroffenen an einer Mithilfe der Universität beim Eintritt ins Berufsleben höher zu bewerten sein wird.“*

427 DSK 3.12.2002, K120.804/016-DSK/2002.

428 DSK 9.3.2000, 120.622/14-DSK/00.

429 DSK 16.11.2004, K120.951/0009-DSK/2004.

430 DSK 15.12.2000, 120.679/14-DSK/00.

431 VfGH 16.10.1991, B 663/90 = VfSlg 12.880/1991.

erfolgt und auch sonst die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt<sup>432</sup>,

- dem umfassenden Informationsinteresse eines übergeordneten Gerichts (im konkreten Fall des VfGH), wenn ihm Akten zur Entscheidung vorgelegt werden<sup>433</sup> oder
- den Interessen des geisteskranken Betroffenen am Schutz seiner eigenen Gesundheit und der Allgemeinheit vor Gefahren bei Implementierung einer „Geisteskrankenkartei“<sup>434</sup>.

#### 4.6.3.3.3. Bentham's Glücksrechnung als Möglichkeit zur Objektivierung von Interessenabwägungen

*Bentham*<sup>435</sup> – ein Vertreter des Utilitarismus<sup>436</sup> im England des 18. und 19. Jahrhunderts – reicherte das so genannte „greatest happiness principle“<sup>437</sup>, demzufolge die größte Zahl an Menschen das größtmögliche Glück erreichen sollen, um Gedanken zur Bewertung von Glück an. Im Rahmen seiner „Glücksrechnung“ unterscheidet er verschiedene Gattungen an Lust und Unlust, definiert Merkmale von Lust und Unlust, unterscheidet 3 Stufen der Übel und findet eine Pathologie des Geistes<sup>438</sup>.

---

432 VfGH 30.11.1989, G 245/89 = VfSlg 12.228/1989.

433 VfGH 30.9.1989, B 1740/88 = VfSlg 12.166/1989.

434 DSK 5.10.1999, 120.667/8-DSK/99.

435 *Jeremy Bentham* (15.2.1748 – 6.6.1832) war ausgebildeter Jurist und bedeutender Rechtsphilosoph, der – beeinflusst von *John Locke*, *David Hume*, *Baron des Montesquieu*, *Claude Adrien Helvetius* und *Thomas Hobbes* – sich zu einem der herausragenden Vertreter des Utilitarismus und Positivismus im England seiner Zeit entwickelte.

436 Utilitarismus ist eine ethische Theorie, wonach richtig ist, was das größte Glück insgesamt erzeugt. Die Subtheorie des Aktualismus nimmt die Glücksbewertung anhand der tatsächlichen Folgen, dh ex post vor, während der Probabilismus sowohl auf die Folgen als auch ihre Wahrscheinlichkeit abstellt, dh (auch) eine ex ante Betrachtung zulässt. Zur Unterscheidung: *Mulgan*, understanding utilitarianism (2007) 150 f. Zum Utilitarismus: *Mill*, Utilitarianism (2007); *Mulgan*, understanding utilitarianism (2007).

437 Vgl dazu etwa *Veenhoven*, Happiness as an aim in public policy, in *Linley/Joseph* (Hrsg), Positive Psychology in Practice (2004) 658.

438 Zum Begriff der „mental pathology“ vgl *Bentham*, Principles of the Civil Code, in *Bowring* (Hrsg) The works of Jeremy Bentham (1843) 299 (304 ff). *Bentham* deckt auf, dass Umverteilung die Ausgewogenheit verletzt denn, „the diminution of happiness for the one will be greater than the increase of happiness to the other. In a word, equality would be violated by an opposite distribution“ (*Bentham* in *Bowring* 306).

*Bentham* hat 6 Merkmale<sup>439</sup> zur Bewertung von Lüsten und Unlügen herausgearbeitet und zwar:

1. die Intensität,
2. die Dauer,
3. die Gewissheit,
4. die Nähe,
5. die Fruchtbarkeit<sup>440</sup> sowie
6. die Reinheit.

Zur „Berechnung“ einer Abwägung zwischen individuellen Gütern und Gemeinschaftsgütern fehlt noch ein Faktor und zwar die Anzahl derer, die von der Lust bzw Unlust betroffen sind. Es ist ganz offensichtlich, dass eine solche „Berechnung“ keinen Anspruch auf (natur)wissenschaftliche Richtigkeit<sup>441</sup> erheben kann – von diesem Anspruch muss man sich von Anfang an verabschieden – allerdings birgt eine derart systematische Vorgangsweise zwei Vorteile: erstens sind Abwägungen transparent, dh nachvollziehbar und zweitens ziemlich gut vorhersehbar. Jedes dieser Argumente würde für sich genommen schon ausreichen, die bestehende Vorgangsweise bei der Abwägung von Gütern, Interessen, etc... zu überdenken.

Wichtiger als die unterschiedlichen Gattungen der Lustempfindungen – sind für die in dieser Arbeit verfolgte Frage nach dem Zwang – die Unlustempfindungen, dennoch sollen an dieser Stelle – da es um Interessenabwägungen geht auch die von *Bentham* kategorisierten Lustempfindungen angeführt werden. Diese wären<sup>442</sup>:

1. Lustempfindungen der Sinne,
2. Lust aus dem Reichtum,
3. Lust aus der Geschicklichkeit,
4. Lust aus der Freundschaft,

---

439 *Busch*, Die moralische und soziale Arithmetik Benthams 20 f.

440 Als Fruchtbarkeit wird die Eigenschaft einer Lust bzw Unlust bezeichnet, weitere Lust- bzw Unlustempfindungen hervorbringen zu können (*Busch*, Arithmetik 20).

441 Zur Kritik am Utilitarismus: *Schlick*, Ethik 115.

442 *Busch*, Arithmetik 17 ff.

5. Lust aus einem guten Ruf,
6. Lust aus der Macht,
7. Lust aus der Frömmigkeit,
8. Lust aus dem Übelwollen,
9. Lust aus der Erinnerung,
10. Lust aus der Hoffnung,
11. Lust aus der Vorstellungsverknüpfung sowie
12. Lust aus der Befreiung von einer Unlust.

Eine der hier genannten Lüste – dem Sprachgebrauch von *Schlick* folgend, könnte man sie modern als Werte<sup>443</sup> bezeichnen – ist auf den ersten Blick ein verpönter Wert im Sinne unserer Rechtsordnung, nämlich das Übelwollen. Die anderen werden zwar nicht gefördert – wie insbesondere das Machtstreben, das knapp an der Grenze zum Verpönten steht – aber zumindest geduldet.

#### 4.6.3.3.4. Die Feststellung der Eingriffsfolgen als Möglichkeit zur Objektivierung von Interessenabwägungen

Ureigenstes Ziel jeglicher Rechtsordnung ist die Optimierung<sup>444</sup> der Möglichkeiten jedes Einzelnen<sup>445</sup>: „*The greatest happiness of the greatest number.*“<sup>446</sup> Da Interessen

---

443 Zum Wertbegriff *Schlick*, Ethik 125 ff.

444 *Alexy*, Grundrechte 75 etwa spricht von „*Prinzipien als Optimierungsgebote[n]*“.

445 Ähnlich *Jellinek*, System 40, wonach „*[d]er ganze Zweck des Rechtes [...] in dem Schutz von Gütern oder Interessen*“ besteht. *Schelsky*, Zivilisation 12 sieht dieses Ziel zunehmend vom „*Prinzip der höchsten Wirksamkeit*“ verdrängt, wenn er meint, dass „*das ökonomische oder soziale Utilitaritätsprinzip – höchster Nutzen für die meisten Menschen oder Maximum an Glückseligkeit – [...] längst nur zu einem untergeordneten Prinzip [...] der technischen Entwicklung selbst geworden*“ ist.

446 Dieser Satz wird zwar dem britischen Juristen und Philosophen *Jeremy Bentham* zugeschrieben, *Busch*, Arithmetik 6 f zeigt jedoch, dass diese Idee mehrere Väter hat.

In etwas anderer Form und nicht so deutlich findet sich diese Idee auch bei *Berka*, ZÖR 54, 37, wenn er schreibt, dass „*[d]er Ausgleich der konkurrierenden Grundrechte [...] eine Aufgabe des Gesetzgebers [ist], der einen schonenden Ausgleich zwischen den betroffenen Grundrechten anzustreben hat, einen Ausgleich der die Rechte anderer wahrt, ohne den nötigen Freiheitsraum [– in diesem Fall –] der Kunst oder Wissenschaft allzusehr einzuengen.*“ Damit setzt *Berka* ein

gegenläufig sind, ist es unvermeidbar, dass die Interessen zumindest einer Seite beeinträchtigt werden. Um – aus dem globalen Blickwinkel der gesamten Rechtsordnung – die optimale, dh jene Lösung mit der geringsten Summe an Beeinträchtigungen, zu finden, dürfen nur die jeweils geringsten Beeinträchtigungen zugelassen werden. Das globale<sup>447</sup> Optimierungsgebot kann auch als globales Gebot Beeinträchtigungen zu vermeiden<sup>448449</sup> verstanden werden. Die Beurteilung welche Interessen zurücktreten müssen, erfolgt nach diesem Modell ausschließlich mit Blick auf das Ausmaß der Beeinträchtigungen. Wo in der Gesamtheit betrachtet die geringste Beeinträchtigung zu erwarten ist, dort soll die Beeinträchtigung auch erfolgen, um das globale Optimierungsgebot zu erfüllen.

Dass diese Überlegung nicht ganz so neu ist, zeigt ein Blick auf ein Erkenntnis des VfGH aus dem Jahr 1987. Darin hat der VfGH festgestellt, dass „*[e]ine Zusammenschau aller maßgebenden Umstände zeigt, daß die Gemeindevereinigung, [...] zahlreiche Nachteile und keine nennenswerten Vorteile [...] bewirkt hat. Dies war für den Gesetzgeber des Jahres 1971 prognostizierbar; [...] Die Gemeindegemeinschaft kann daher sachlich nicht gerechtfertigt werden. [Die angefochtene Bestimmung] widerspricht sohin dem Gleichheitsgebot.*“ Novak hält fest, dass der VfGH ökonomische und soziale Funktionen sowie Kosten und Nutzen der zu prüfenden Bestimmungen durchaus ins Kalkül zieht.<sup>450</sup>

Beispiel:

Die Beeinträchtigung der Rechtsposition A beträgt X, die Beeinträchtigung der Rechtsposition B beträgt X + 10. In diesem Fall fällt die Interessenabwägung zu Gunsten der Rechtsposition B aus, da die Summe der Beeinträchtigungen bei ihrer

---

umfassendes Optimierungsgebot bei der Interessenabwägung voraus.

447 Global ist hier in Bezug auf den Geltungsbereich der Rechtsordnung zu verstehen, also insbesondere nicht in einem geographischen Sinn („alles auf der Welt“).

448 Es kann nur von einem Schaden*vermeidungsgebot* und nicht von einem Schaden*verbot* gesprochen werden, da Schäden naturgesetzmäßig auftreten und nicht wirksam verboten werden können. Dies wird auch als Variante des negativen Utilitarismus bezeichnet, vgl dazu mwN Alexy, Argumentation 111.

449 Im Bereich der Judikatur zum Notstand ist es herrschende Lehre, dass „*die Notstandshandlung oder Nothilfehandlung [...] ex ante [...] die geringste mögliche Verletzung der fremden Interessen darstellt*“ (OGH vom 13.12.1988, 5 Ob 573/88). Das globale Optimierungsgebot wird also auch hier vorausgesetzt.

450 Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot 67.

Verletzung höher wäre als bei Verletzung von A.

Es zeigt sich, dass die Interessenabwägung – ebenso wie die Idee der Verhältnismäßigkeit<sup>451</sup> – eine Methode darstellt, dem umfassenden Optimierungsgebot gerecht zu werden. Im Bereich der Verhältnismäßigkeit geht es darum, unter mehreren zum Ziel führenden Eingriffen, jenen mit der geringsten Intensität auszuwählen – bei der Interessenabwägung soll nicht der Eingriff mit der geringsten Intensität gefunden werden, sondern die Rechtsposition, bei deren Verletzung insgesamt die geringsten Beeinträchtigungen zu erwarten sind.

Bei der Beurteilung des Beeinträchtigungsausmaßes<sup>452</sup> sind vor allem Dauer und Intensität der Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Der OGH hat festgestellt, dass *„im Weg einer jeweils fallbezogen vorzunehmenden Rechtsgüterabwägung und Interessenabwägung insbesondere die Art, die Nähe und die Intensität der drohenden Gefahr, die Dauerhaftigkeit und Bedeutung der zu vergleichenden Nachteile sowie die Größe der Rettungschancen miteinzubeziehen“* seien.<sup>453</sup> Eine gute Methode zur Feststellung wird die Berechnung des zeitlichen Wiederherstellungsaufwands sein. Der zeitlichen Berechnungsmethode ist deshalb der Vorzug zu geben, da dadurch Ungleichgewichtungen in der finanziellen Stärke ausgeglichen werden können. Eine Beeinträchtigung im Umfang von 1.000,- EUR ist für einen Sozialhilfeempfänger weitaus schwerer zu tragen, als für einen leitenden Angestellten. Dieser unterschiedlicher Wiederherstellungsaufwand wird – wenn man auf die Zeit, die zur Wiederherstellung benötigt wird, abstellt – sofort augenscheinlich.

#### 4.6.3.3.5. Einwände gegen die Objektivierung von Interessenabwägungen

Welcher Methoden sich die Rechtswissenschaft bedient, hängt stark von ihrem eigenen

---

451 Diese wurde vom VfGH Anfang der 80er Jahre von der deutschen Rechtsprechung und Lehre rezipiert (vgl. dazu Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot 39 ff). Im Gegensatz zur „Wesensgehaltssperre“ stellt der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* ein effektives Regulativ für die gesetzgeberische Rechtsgestaltung und Korrektur dar (Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot 56 ff).

452 Eine Möglichkeit bestünde auch darin die Judikatur des OGH zur Bemessung immaterieller Schäden heranzuziehen. Diese ist jedoch sehr spärlich und verweist ihrerseits nur auf die *„auch sonst im Schadenersatz angewandten Grundsätze“* (OGH 21.01.1999, 8 ObA 188/98z).

453 Anlässlich der Prüfung ob Putativnotwehr vorgelegen war oder nicht, setzte sich der OGH in seinem Urteil vom 20.03.1990, 15 Os 41/89 mit den bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Kriterien auseinander.



Selbstverständnis ab. Sieht sie sich als „reine“ Wissenschaft, so bezieht sich diese Reinheit auch auf die Reinheit der Methode. Dies führt dann unmittelbar zur Frage welche Methoden, denn überhaupt juristische seien und daher auch in einer „reinen“ Rechtswissenschaft zulässig wären.

Dass die Verfassungsgerichte bei ihrer Normenprüfung auch die (faktischen) Auswirkungen dieser Normen in ihre Entscheidungsfindung miteinbeziehen, stößt nicht nur auf Zustimmung. Allerdings richtet sich diese Kritik vor allem gegen die Einschränkung des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums des einfachen Gesetzgebers, der durch Entwicklungen eines Sachlichkeits- oder Verhältnismäßigkeitsgebotes in der Judikatur, nicht aber durch eine Objektivierung des Abwägungsprozesses, verkleinert wird.<sup>454</sup>

Dass die Reinheit der Methode Methode hat und die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen nicht immer höchste Priorität genießt, zeigt sich nicht nur in der rechtswissenschaftlichen Diskussion<sup>455</sup>. Besonders eindrucksvoll war dies in der politischen Diskussion über eine so genannte Pensionsautomatik im Sommer 2008 zu erleben. Die Gegner einer derartigen Automatik führten vor allem ins Treffen, dass zukünftig ein Computer<sup>456</sup> und nicht mehr das Parlament entscheiden würden. Es soll hier kein Plädoyer für die (ausschließlich) mathematische Entscheidungsfindung gehalten werden, zumal dies nach Art 15 der Datenschutzrichtlinie unzulässig ist. Es soll allerdings schon hinterfragt werden, ob diese pauschale Ablehnung wirklich gerechtfertigt ist. Denn die Klarheit solcher Regeln ist ein unübersehbarer Vorteil. Was bereits so klar formuliert ist, dass es auch von einem Computer verstanden wird, lässt auch in der Auslegung kaum mehr Spielraum, sodass die Rechtsanwendung für die Normadressaten grundlegend vorhersehbarer und damit sicherer wird. Vielleicht ist aber genau diese Preisgabe des Auslegungsspielraums, der Macht zur eigenen Willkür

---

454 Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot 66.

455 Vgl. Bull, Reasonable Expectations of Privacy in *Bizer et al* (Hrsg), Innovativer Datenschutz 1992 – 2004 – Wünsche, Wege, Wirklichkeit – Für Helmut Bäumler (2004) 85 (94): „*Wie der Datenschutz gestaltet werden und wie weit er reichen soll, lässt sich nicht mit den Mitteln der Demoskopie oder Soziologie herausfinden, sondern nur mit denen der Politik und des Rechts.*“

456 Ähnlich sieht Petri, Datenschutz und Privatwirtschaft in *Bizer et al* (Hrsg), Innovativer Datenschutz 1992 – 2004 – Wünsche, Wege, Wirklichkeit – Für Helmut Bäumler (2004) 221 (222), die Gefahr, dass „*die betroffenen Menschen [...] zu einer bloßen wirtschaftlichen Rechengröße [...] degenieren.*“

verleiht, Grund für die Ressentiments gegenüber solchen „objektiveren“<sup>457</sup> Methoden.

#### **4.7. Verhältnis der Eingriffsermächtigungen zueinander**

Die drei in § 1 Abs 2 DSG 2000 geregelten Eingriffsermächtigungen sind drei unterschiedliche, grundsätzlich gleichwertige Typen von Eingriffsermächtigungen. Die Gleichwertigkeit<sup>458</sup> der heutigen drei Eingriffstatbestände war in Österreich nicht immer gegeben – vergleicht man das Grundrecht auf Datenschutz in der Fassung des Datenschutzgesetzes (DSG), BGBl 1978/565 mit dem des DSG 2000, so fällt auf, dass die Zustimmung erst im DSG 2000 als gleichwertige Rechtsgrundlage neben die bestehenden Eingriffsermächtigungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 getreten ist. Sie sind abschließend geregelt und stehen insbesondere nicht im Verhältnis der Spezialität zueinander. So sind beispielsweise weder die *Zustimmung* (2. Fall) noch das lebenswichtige *Interesse* (1. Fall) als Unterfall des *überwiegenden berechtigten Interesses* (3. Fall) anzusehen. Denn sowohl die Zustimmung als auch das lebenswichtige Interesse betreffen nicht die *überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen*, sondern die eigenen. Diese Unterscheidung in eigen- und fremdmotivierte Eingriffsermächtigungen ist auch bei der Auslegung zu berücksichtigen. Einerseits sind Gültigkeitsvoraussetzungen – die ja Schutzzweck haben – bei eigenmotivierten Eingriffen auf Grund des geringeren Schutzbedürfnisses (arg: „volenti non fit iniuria“) weniger streng auszulegen. Andererseits wird insbesondere die Zwangsfreiheit als graduelles Maß umso strenger zu prüfen sein, je geringer das Eigeninteresse ist.

Die Eingriffsermächtigungen müssen nicht, aber können kumulativ erfüllt sein – in der Terminologie der Informatik würde man von einem „inklusive Oder“ der einzelnen Eingriffsermächtigungen sprechen. Bei einem Eingriff der beispielsweise im lebenswichtigen Interesse und darüber hinaus mit Zustimmung des Betroffenen erfolgt<sup>459</sup>, sind zwei Eingriffstatbestände erfüllt – ein Widerspruch zwischen zwei oder

---

457 In diesem Zusammenhang darf auf den von *Davy*, Ungesunde Rechtsverhältnisse – Juristische Konfliktregelung im Widerstreit von Weltbildern, JRP 1994, 20 ff geprägten Begriff der „Illusion der Objektivität“ hingewiesen werden.

458 Für die deutsche Rechtslage vgl. in *Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz* (Hrsg) Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, § 4 Rz 19.

459 Zu denken wäre beispielsweise an einen Unfall, bei dem der Betroffene trotz schwerer Verletzung („lebenswichtiges Interesse“) ansprechbar bleibt und der Verwendung seiner Gesundheitsdaten

mehr erfüllten Eingriffstatbeständen ist nicht denkbar, da der Eingriff bereits mit der Tatbestandsmäßigkeit des ersten Eingriffstatbestandes legitimiert ist. Alle weiteren erfüllten Eingriffstatbestände spielen für die Zulässigkeit des Eingriffs keine Rolle mehr.

#### 4.7.1. Die Kombination von Eingriffsermächtigungen insbesondere bei unvollständig erfüllten Eingriffstatbeständen

Wenn ein Eingriffstatbestand nicht zur Gänze erfüllt ist, stellt sich die Frage, ob zusammen mit einem anderen – auch nicht ganz erfüllten – Eingriffstatbestand in Summe dennoch eine zulässige Eingriffsermächtigung vorliegt. Es geht somit um die Frage ob die Voraussetzungen der einzelnen Eingriffstatbestände gemischt werden dürfen, sodass es quasi zu einem Ausgleich zwischen den beiden nicht ganz erfüllten Fällen kommt. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. ermächtigungsinterner Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen und
2. ermächtigungsübergreifender Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen.

Beim ermächtigungsinternen Ausgleich sind bestimmte Merkmale eines Eingriffstatbestands (über)erfüllt und andere desselben Eingriffstatbestands gar nicht. Beim ermächtigungsübergreifenden Ausgleich sind bestimmte Merkmale von zwei verschiedenen Eingriffstatbeständen erfüllt, aber jeweils nicht alle Tatbestandsmerkmale.

Der Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen kommt selbstverständlich nur dort in Betracht, wo es keine entgegenstehenden Regelung beispielsweise auf einfachgesetzlicher Ebene gibt. Er ist daher insbesondere für die legitime Arbeit von Interesse und zwar besonders dort wo berechnigte aber vielleicht nicht überwiegende Interessen bestehen und daher die Einführung eines Willenselements (Eingriffstatbestand „Zustimmung“) als angemessene Garantie iSd Art 8 Abs 4 DS-RL angesehen werden kann.

#### 4.7.2. Ermächtigungsinterner Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen

In diesem Themenkreis fällt etwa die Frage ob die geringe Intensität des Eingriffs zu weniger strengen Determinierungsanforderungen bei Eingriffen durch staatliche Behörden<sup>460</sup> führt.

---

zustimmt („Zustimmung“).

460 Vgl zum Begriff der staatlichen Behörde in § 1 Abs 2 DSG 2000 *Pürgy/Zavadil*, Die „staatliche

Die Idee des Ausgleichs – der anders betrachtet eine Berücksichtigung aller relevanten Umstände ist<sup>461</sup> – ist eines der Grundprinzipien der österreichischen Rechtsordnung. Es handelt sich dabei um eine Interessenabwägung, wobei nicht eine völlig freie<sup>462</sup> Interessenabwägung vorgenommen wird, sondern eine an bestimmte Elemente gebundene. Diese Bindung an bestimmten Elemente hat im Bereich der Eingriffsermächtigungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 das Wesen der jeweiligen Eingriffsermächtigungen zu berücksichtigen. So darf beispielsweise das verfassungsrechtlich garantierte Zwangsverbot für die Zustimmung nicht ausgehebelt werden. Im öffentlichen Recht haben solche Überlegungen etwa im Zusammenhang mit dem „differenzierten Legalitätsprinzip“<sup>463</sup> bereits Eingang gefunden: Demnach sind bei weniger intensiven Grundrechtseingriffen auch nur geringere Anforderungen an die Bestimmtheit von Eingriffsnormen zu stellen.<sup>464</sup>

---

Behörde“ im Sinne des § 1 Abs 2 DSG 2000, in *Bauer/Reimer* (Hrsg), Praxishandbuch Datenschutzrecht (2009).

461 Die Idee des Ausgleichs kann auch so gesehen werden, dass eine bestimmte Menge an Sachverhaltselementen berücksichtigt wird, wobei sich diese Umständen zum Teil gegenseitig aufheben oder anders gesagt ausgleichen können. Je größer die Menge an zu berücksichtigenden Sachverhaltselementen ist, umso höher ist die Wahrscheinlichkeit eines Ausgleichs. Beispiele für einen derartigen Ausgleich sind etwa Rechtfertigungsgründe, Entschuldigungsgründe, Mitverschulden oder die Regeln über die tätige Reue im Strafrecht.

462 **Freie Interessenabwägungen** sollen so verstanden werden, dass rechtlich nur ein Überwiegen der Interessen gefordert ist und dieses Überwiegen argumentativ durch Rückgriff auf den Sachverhalt zu ermitteln versucht wird (vgl etwa § 30 Abs 1 Ausgleichsordnung [Unternehmensfortführung nicht gegen überwiegende Interessen der Beteiligten], § 55 Chemikaliengesetz 1996 [überwiegende Interessen an der Verwendung von Informationen nach dem Chemikaliengesetz], § 1 DSG 2000 [Datenverwendung bei überwiegenden berechtigten Interessen zulässig], Geheimhaltungspflicht nach § 13 Abs 4 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz oder überwiegende Interessen, die gemäß § 94 Abs 3 StGB eine Unzumutbarkeit der Hilfeleistung bedingen). Als **gebundene Interessenabwägungen** sollen an dieser Stelle Interessenabwägungen bezeichnet werden, die durch bestimmte Voraussetzungen – oft unbestimmte Gesetzesbegriffe – mehr oder weniger determiniert sind.

463 Vgl dazu etwa *Novak*, Das „differenzierte Legalitätsprinzip“ in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, in FS *Adamovich* (1992) 491.

### 4.7.3. Ermächtigungsübergreifender Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen

Für den Bereich des Datenschutzrechts haben sich ua *Kinscher/Pallege-Barfuß*<sup>465</sup> – zumindest indirekt – für einen ermächtigungsübergreifenden Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen und zwar zwischen den Eingriffstatbeständen „überwiegende berechnigte Interessen“ und „Zustimmung“ ausgesprochen, wenn sie schreiben:

*"Angesichts des relative geringen Gefährdungspotentials der Datenanwendung für Marketingzwecke scheint es gerechtfertigt, eine relativ generell gehaltene Einwilligung zur Verwendung sensibler Daten für Marketingzwecke als ausreichend zu erachten, um den Schutzbedürfnissen der Betroffenen in diesem speziellen Zusammenhang zu genügen. Dem gegenüber stehen besondere Pflichten der Adressverlage und Direktmarketingunternehmen hinsichtlich der sach- und widmungsgemäßen Verwendung dieser Daten, die in jedem Fall auf Marketingzwecke beschränkt bleiben muss."*

Dass dieses Abgehen von den strengen Erfordernissen der Zustimmung<sup>466</sup> angesichts des geringeren Gefährdungspotentials, verfassungskonform ist ergibt sich einerseits aus dem weiteren verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff<sup>467</sup>, der auch die nicht aufklärungsbedürftige Veröffentlichung umfasst und andererseits aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip, das auch für alle drei Eingriffstatbestände des § 1 DSG 2000 gilt.

Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip, da es jedenfalls einen angemessenen Eingriff garantiert. Solange diese Voraussetzung – die nicht nur für den konkreten Fall sondern auch für generelle Normen ausschlaggebend ist<sup>468</sup> – erfüllt ist, ist es sinnvoll die Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe in einem beweglichen System zu variieren, da die Eingriffsintensität in einer Gesamtschau nicht verändert wird, die gewonnene Flexibilität möglicherweise aber die bessere Entfaltung anderer Grundrechte erlaubt,

---

465 *Kinscher/Pallege-Barfuß*, Die Gewerbeordnung<sup>7</sup> (2005) Anm 15 zu § 151.

466 Vgl *Reimer* in *Jahnel/Sieewart/Fercher* 204 f.

467 S oben Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94.

468 VfSlg 11.455.

sodass im Endeffekt sogar eine Verbesserung der Situation eintritt. Anders ausgedrückt kann die Idee des differenzierten Legalitätsprinzips verallgemeinert werden und ua auch auf die Eingriffsvoraussetzungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 angewandt werden, wenn:

1. die Angemessenheit des Grundrechtseingriffs insgesamt gewahrt bleibt und
2. durch die Variation der Eingriffsvoraussetzungen andere grundrechtlich geschützte Positionen gestärkt werden.

Es ist also von der Zulässigkeit eines ermächtigungsübergreifenden Ausgleichs auszugehen, wie er in der Praxis va bei den Widerspruchslösungen<sup>469</sup> vorkommt. Hier könnte die besondere Berücksichtigung des Betroffenenwillens in Form des (jederzeitigen) Widerspruchs auch dazu führen, dass Interessenlagen in denen kein Überwiegen festgestellt werden kann, nach dem Regime der überwiegenden berechtigten Interessen iSd § 1 Abs 2 3. Fall DSG 2000 behandelt werden kann. Es werden also einerseits die verbesserte Kontrolle der Zustimmung (§ 1 Abs 2 2. Fall DSG 2000) mit dem Bestehen berechtigter – aber nicht überwiegender – Interessen des § 1 Abs 2 3. Fall DSG 2000 gemischt. Die Zustimmung in Form des Opt-Outs ist in diesem Fall als angemessene Garantie, nicht als Rechtsgrundlage zu verstehen.

#### 4.7.4. Rangfolge der Eingriffsermächtigungen bei der rechtlichen Beurteilung

In der Praxis hat sich die „Beurteilung vom Sicherem zum Vagen“, dh primär die Suche nach einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung, gefolgt vom Aufsuchen einer Zustimmungserklärung bzw überwiegender berechtigter Interessen durchgesetzt. Diese Reihenfolge ergibt sich aus der Suche nach der größtmöglichen Rechtssicherheit. Eine (präzise ausformulierte) gesetzliche Eingriffsermächtigung gewährt höchstmögliche Rechtssicherheit im Einzelfall. Abstrakter formulierte Vorschriften lassen zwar einen gewissen Interpretationsspielraum und damit Platz für Diskussionen, verbrieften aber zumindest berechnete Interessen<sup>470</sup>. Zustimmungen wiederum – bieten va wenn sie schriftlich vorliegen – größere Rechtssicherheit als Interessenabwägungen. Rein rechtlich betrachtet gibt es keine Rangfolge – die Eingriffsermächtigungen sind wie bereits oben ausgeführt gleichwertig.

---

<sup>469</sup> Siehe näher dazu unten Kap 6.2.2, Zulässigkeit von Widerspruchslösungen 161.

#### **4.8. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die Europäische Datenschutzrichtlinie**

Auf europäischer Ebene gibt es mehr als die drei in § 1 Abs 2 DSG 2000 aufgezählten Eingriffstatbestände: lebenswichtige Interessen, Zustimmung, überwiegende berechnigte Interessen. Art 7 DS-RL nennt für Daten – mit Ausnahme der sensiblen Daten, deren Verwendung in Art 8 leg cit geregelt ist – folgende Eingriffstatbestände:

1. Einwilligung des Betroffenen
2. Vertragserfüllung bzw vorvertragliche Maßnahmen
3. Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen
4. lebenswichtige Interessen des Betroffenen
5. öffentliche Aufgabe
6. berechtigtes Interesse

Art 8 DS-RL nennt für die sensiblen Daten folgende Eingriffstatbestände:

1. ausdrückliche Einwilligung
2. arbeitsrechtliche Gründe
3. lebenswichtige Interessen des Betroffenen oder eines Dritten
4. Verwendung durch eine politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtete Organisation
5. Veröffentlichung durch betroffene Person
6. Rechtsdurchsetzung
7. Gesundheitsversorgung

Im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation müssen diese europäischen Eingriffstatbestände in den nationalen Eingriffstatbeständen enthalten sein. Es muss daher eine Zuordnung zwischen den Eingriffstatbeständen auf europäischer bzw auf nationaler Ebene gefunden werden<sup>471</sup>, die wie folgt aussehen könnte:

---

<sup>471</sup> Vgl Reimer in Jahnell/Siegwart/Fercher 194.

<i>DSG 2000</i>	<i>DS-RL</i>
<i>lebenswichtiges Interesse des Betroffenen</i>	<i>lebenswichtiges Interesse der betroffenen Person</i>
<i>Zustimmung des Betroffenen</i>	<i>(ausdrückliche) Einwilligung der betroffenen Person</i>
	<i>Veröffentlichung durch betroffene Person</i>
<i>überwiegende berechnigte Interessen</i>	<i>Vertragserfüllung bzw vorvertragliche Maßnahmen<sup>472</sup></i>
	<i>Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen</i>
	<i>öffentliche Aufgabe</i>
	<i>berechnigtes Interesse</i>
	<i>arbeitsrechtliche Gründe</i>
	<i>lebenswichtige Interessen eines Dritten</i>
	<i>Verwendung durch eine politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtete Organisation</i>
	<i>Rechtsdurchsetzung</i>
<i>Gesundheitsversorgung</i>	

*Tabelle 2: Korrelation zwischen europäischen und nationalen Eingriffstatbeständen*

<sup>472</sup> Die Formulierung „erfordert“ auf europarechtlicher Eben legt die Zuordnung zum nationalen Eingriffstatbestand der „überwiegenden berechnigten Interessen“ nahe. Wenn eine Datenverwendung erforderlich ist, dann steht sie nicht mehr zur Disposition.



## **5. RECHTSNATUR DER ZUSTIMMUNG**

In diesem Kapitel soll geklärt werden, welchem Rechtsbereich die Zustimmung zur Verwendung von Daten zuzuordnen ist (unten Kap 5.2, Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht 127), wie sie sich von anderen Einwilligungen unterscheidet (unten Kap 5.1, Unterscheidung der datenschutzrechtlichen Zustimmung von anderen Einwilligungen iwS 120) und wie sie rechtsgeschäftlich einzuordnen ist (unten Kap 5.3, Rechtsgeschäftliche Einordnung 128).

Die Einordnung – sowohl zu einem bestimmten Rechtsbereich als auch rechtsgeschäftlich – ist insbesondere für die Auslegung und die Stellvertretungsregeln von Bedeutung.

### **5.1. Unterscheidung der datenschutzrechtlichen Zustimmung von anderen Einwilligungen iwS**

#### **5.1.1. Unterscheidung von Einwilligung, Zustimmung und Verzicht**

Wenngleich auch für die datenschutzrechtliche Zustimmung der Begriff Einwilligung<sup>473</sup> – zumindest nicht im DSG 2000<sup>474</sup> – verwendet wird, sollte hier dennoch versucht werden zwischen Einwilligung, Zustimmung und Verzicht zu unterscheiden<sup>475</sup>. Auf grundrechtlicher Ebene handelt es sich immer um eine Ausübung des Grundrechts und

---

473 So zB in Art 21 Abs 5 Errichtung eines Europ. Polizeiamts (Europol-Übereinkommen) BGBl III 1998/123, § 151 Abs 4 GewO 1994, Art 5 Abs 5 Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Sicherheits- und Zollbehörden, BGBl III 2001/120, § 30 Abs 3 Musiktherapiegesetz (MuthG) BGBl I 2008/93, §§ 93 und 102 TKG 2003 oder Art 8 Z 5 Vertretung der Republik Österreich bei der Bearbeitung von Visaanträgen, BGBl III 2008/154.

474 In § 107 TKG 2003 wird der Begriff der Einwilligung verwendet, obwohl es sich nach Erwägungsgrund 17 bzw Art 2 lit f der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) bei der Zustimmung gemäß § 107 TKG 2003 um eine Zustimmung iSd Datenschutzrichtlinie, auf nationaler Ebene also um eine Zustimmung gemäß § 4 Z 14 DSG 2000, handelt.

475 Besonders deutlich wird die Unterscheidung in § 39 Abs 3 Arzneimittelgesetz der in Abs 3 unterscheidet zwischen der Einwilligung an einer klinischen Prüfung teilzunehmen und der Zustimmung zur Verwendung der Daten.

nicht um einen Verzicht auf das Recht selbst.<sup>476</sup> *Malacrida*<sup>477</sup> sieht den Verzicht als „einen Dispositionsakt [...], mittels dessen ein Bürger durch eine widerrufbare Einwilligung, einen unwiderruflichen Verzicht oder einen zweiseitig verpflichtenden Vertrag gegenüber Dritten in rechtsverbindlicher Weise über Einschränkungen in Bestand oder Ausmass grundrechtlicher Ansprüche selbst bestimmt“.

Für *Spieß* besteht der „wesentliche Unterschied zwischen Einwilligung und Verzicht [...] darin, daß der Verzicht unwiderruflich ist, das verzichtete Recht geht unter, während die Einwilligung den Bestand des Rechts unberührt läßt und jeder jederzeit ex nunc widerrufen werden kann.“<sup>478</sup> Einwilligung wird in diesem Zusammenhang als konkreter Verzicht nämlich einer bestimmten Art der Rechtsausübung verstanden während Verzicht als genereller Verzicht, den Untergang des Rechts bezeichnet. Die Unwiderruflichkeit des **Verzichts** ergibt sich aus dem Untergang des Rechts.<sup>479</sup> Dieser Ansicht liegt ein zivilrechtliches Verständnis zu Grunde. Die neuere Grundrechtsdogmatik schließt einen Verzicht aus bereits dargelegten Gründen aus<sup>480</sup> und bezeichnet mit Grundrechtsverzicht „nur den Verzicht auf einzelne grundrechtlich geschützte Positionen“<sup>481</sup>.

In der deutschen Datenschutzterminologie wird für den Begriff der Zustimmung gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 der Begriff **Einwilligung** verwendet, wodurch zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die Zustimmung zur Verwendung von Daten vor dem Eingriff in das Grundrecht zu erfolgen hat<sup>482</sup>. Im DSG 2000 wird ausschließlich der Begriff *Zustimmung* definiert – allerdings deutet die Formulierung anderer spezialgesetzlicher Datenschutzbestimmungen<sup>483</sup> darauf hin, dass die Begriffe *Zustimmung* und *Einwilligung* im österreichischen Datenschutzrecht synonym verwendet werden.<sup>484</sup> Bei

476 Näher zum Grundrechtsverzicht oben Kap 4.5, Zustimmung als Grundrechtsverzicht – indisponible Bereiche des Grundrechts auf Datenschutz 73.

477 *Malacrida*, Der Grundrechtsverzicht, 13 bzw fast wortgleich 21.

478 *Spieß*, Der Grundrechtsverzicht (1997) 10.

479 *Spieß*, Grundrechtsverzicht 23.

480 S oben Kap 4.5, Zustimmung als Grundrechtsverzicht – indisponible Bereiche des Grundrechts auf Datenschutz 73.

481 *Spieß*, Grundrechtsverzicht 44.

482 *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, § 4 Rz .

483 Vgl §§ 151 GewO 1994, 93 Abs 3, 107 TKG 2003, 137 Abs 4 NO.

484 *Resch*, Einwilligung 10 stellt diese Vermengung in der österreichischen Rechtsordnung ebenso fest wie *Vartian*, Telekommunikationsrecht, FN 489 für das Telekommunikationsrecht und die dortige

einer über das Datenschutzrecht hinausgehenden, auf die gesamte Rechtsordnung gerichteten Betrachtung sind sowohl Regelungen mit anscheinend synonyme Verwendung als auch Regelungen mit strikter Trennung<sup>485</sup> der beiden Begriffe zu finden. Besteht sonst keine Rechtsgrundlage, die den Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz rechtfertigen könnte, ist die Zustimmung Zulässigkeitsvoraussetzung. In diesen Fällen muss sie vor<sup>486</sup> der tatsächlichen Eingriffshandlung gegeben werden, da diese sonst rechtswidrig wäre und im Rechtsweg untersagt werden könnte. Die nachträgliche Zustimmung beseitigt die Rechtswidrigkeit jedenfalls ab dem Zeitpunkt ihrer Erteilung – fraglich ist allerdings, ob auch die davor liegende Rechtswidrigkeit rückwirkend beseitigt wird. Obwohl die Praxisrelevanz eher zu verneinen ist – denn wer einem Eingriff zustimmt, wird wohl kaum gegen gleichartige frühere Eingriffe vorgehen – interessiert doch die Rechtslage für die Zeit vor der Zustimmung. Hier wird man davon ausgehen müssen, dass der Betroffene einer bestimmten Eingriffshandlung zustimmt, die bereits vor seiner Zustimmungserteilung begonnen hat. Somit ist – vorausgesetzt der Betroffene erklärt nicht etwas anderes oder ist über dem Zeitpunkt des Handlungsbeginns im Irrtum – die gesamte Eingriffshandlung von der Zustimmung umfasst, weshalb eine nachträgliche Zustimmung auch rückwirkt. In dieser Rückwirkung unterscheidet sie sich vom Widerruf, der nur ex nunc wirkt.

Für die Heilbehandlung lehnt *Maleczky*<sup>487</sup> eine nachträgliche Erteilung der Einwilligung ab.

### 5.1.2. Unterschiedliche Zustimmungen im DSG 2000

Selbst der einfachgesetzliche Begriff der Zustimmung wird im DSG 2000 nicht immer iSd § 4 Z 14 DSG 2000 verwendet. Im Folgenden sollen die verschiedenen Zustimmungsbegriffe sowie ihre Unterschiede aufgezeigt werden. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 4 Z 14 DSG 2000 – egal ob es sich dabei um ausdrücklich

---

Einwilligung gemäß § 107 TKG 2003. *Grabenwarter*, Datenschutzrechtliche Anforderungen an den Umgang mit Kundendaten im Versandhandel, ÖJZ 2000, 861 (862) beispielsweise verwendet die beiden Begriffe synonym. Kritisiert wird die Vermengung der beiden Begriffe von *Jahnel*, ÖJZ 2004, 338 sowie *Mosing/Otto*, Spamming neu! MR 2003 (267) 269.

485 Vgl § 146c Abs 3 ABGB.

486 Auch *Feiell/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 303 gehen für die Einwilligung gemäß § 107 TKG 2003 davon aus, dass diese im Vorhinein bestehen muss.

487 *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, (681) 682.

normierte oder von der Judikatur<sup>488</sup> entwickelte handelt – auf all diese Zustimmungen anzuwenden sind. Das DSG 2000 verwendet den Begriff Zustimmung in den folgenden Zusammenhängen und zwar als:

1. Eingriffsermächtigung (§ 1 Abs 2 DSG 2000)<sup>489</sup>,
2. Zustimmung des Betroffenen zur Verwendung seiner Daten (§§ 4 Z 14, 8 Abs 1 Z 2, 9 Z 6 und 7, 46 Abs 2 Z 2 und Abs 3 Z 1 DSG 2000)
3. Zustimmung des Betroffenen zur Weitergabe seiner Daten (§ 9 Z 13 DSG 2000)
4. Zustimmung zur Weitergabe von Daten ins Ausland (§ 12 Abs 3 Z 5 DSG 2000)
5. Zustimmung des Auftraggebers zur Überlassung (§ 13 Abs 5 DSG 2000)
6. Zustimmung zur Form des Auskunftsverfahrens (§ 26 Abs 1 DSG 2000)
7. Zustimmung zur Entfernung des Bestreitungsvermerks (§ 27 Abs 7 DSG 2000)
8. Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung seiner Daten (§§ 45 Abs 2, 47 und 56 DSG 2000)

In **§ 1 Abs 2 DSG 2000** ist die Zustimmung als ein Tatbestand für zulässige Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz angeführt. Obgleich derselbe Begriff, wie in § 4 Z 14 DSG 2000 verwendet wurde, bestehen bei näherer Betrachtung berechtigte Zweifel, daran, dass die Zustimmung des § 1 Abs 2 DSG 2000 der Zustimmung des § 4 Z 14 DSG 2000 entspricht<sup>490</sup>. Die Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 2 DSG 2000 wurde zwar zugleich mit der Legaldefinition des § 4 Z 14 DSG 2000 erlassen, dennoch sprechen vor allem europarechtliche Eingriffstatbestände dafür, dass vom Eingriffstatbestand „Zustimmung“ (§ 1 Abs 2 DSG 2000) nicht nur Willenserklärungen iSd § 4 Z 14 DSG 2000 umfasst sind<sup>491</sup>. An dieser Stelle sei auch festgehalten, dass sich die Zustimmung gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 nur auf Datenanwendungen bezieht<sup>492</sup>, dh

---

488 Siehe unten Kap 6.5, Judikatur des OGH zur datenschutzrechtlichen Zustimmung 168. *Reimer in Jahnell/Siegwart/Fercher* 204.

489 S oben Kap 4.6.2, Eingriffe mit Zustimmung des Betroffenen 89.

490 Zur näheren Begründung darf oben auf Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94, verwiesen werden.

491 Vgl *Reimer*, Verfassungs- und europarechtliche Überlegungen zur datenschutzrechtlichen Zustimmung in *Jahnell/Siegwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 183 (199 f).

492 Das ergibt sich aus der Zusammenschau von § 4 Z 14 DSG 2000 mit § 4 Z 8 DSG 2000, wonach der einfachgesetzliche Verwendungsbegriff immer auf eine Datenanwendung (§ 4 Z 7 DSG 2000) abstellt.

Da nach hL das Grundrecht auf Datenschutz – genauer gesagt auf Geheimhaltung – nicht nur automationsunterstützt verarbeitete Daten schützt (*Duschaneck in Korinek/Holoubek*, Rz 25 und 33;

für andere Grundrechtseingriffe – etwa weil die Daten in keiner Weise automationsunterstützt verwendet werden – gelten die von der Judikatur entwickelten strengen Voraussetzungen nicht.

Zusammenfassend liegt daher eine Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSG 2000 vor wenn:

1. der Betroffene in Kenntnis der Sachlage in die Verwendung seiner Daten einwilligt (§ 4 Z 14 DSG 2000),
2. eine echte Zustimmung<sup>493</sup> erforderlich ist, dh kein sonstiger Rechtfertigungsgrund iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 erfüllt ist und
3. die Daten zumindest teilweise automationsunterstützt verwendet werden (§ 4 Z 7 DSG 2000).

Davon sind schon im DSG 2000 einige geregelt und zwar in den §§ 8 Abs 1 Z 2<sup>494</sup>, 9 Z 6<sup>495</sup> und 13<sup>496</sup>, 12 Abs 3 Z 5<sup>497</sup>, 45 Abs 2<sup>498</sup>, 46 Abs 2 Z 2 und Abs 3 Z 1<sup>499</sup> sowie 47<sup>500</sup> und 56<sup>501</sup> DSG 2000. Zustimmungen gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 sind aber selbstverständlich auch in anderen Materiengesetzen zu finden, wie etwa in den §§ 31a

---

DSK 18.5.2000, 120.686/3-DSK/00) ist auch beim Verwendungsbegriff eine Unterscheidung zwischen dem einfachgesetzlichen, der auf eine Datenanwendung abstellt und dem verfassungsrechtlichen, der dies nicht tut, angezeigt.

493 Zur Frage ob diese ausdrücklich erklärt werden muss oder auch konkludent erfolgen kann s unten Kap 6.2.1, Konkludenz von Zustimmungen 157.

494 Zustimmung zur Verwendung nicht-sensibler Daten.

495 Zustimmung zur Verwendung sensibler Daten.

496 Zustimmung zur Übermittlung sensibler Daten durch privilegierte Organisationen.

497 Zustimmung zur Weitergabe von Daten ins Ausland.

498 Zustimmung zur Übermittlung von Daten, die für private Zwecke verarbeitet wurden.

499 Zustimmung zur Verwendung von Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung und Statistik.

500 Zustimmung zur Übermittlung von Adressdaten.

501 Zustimmung zur Verwendung von Daten für Zwecke der Parlamentsverwaltung gemäß Art 30 B-VG (durch die Parlamentsdirektion).

Abs 2 ASVG<sup>502</sup>, 186 Abs 2 ASVG<sup>503</sup>, 51 Abs 2 Z 2 ÄrzteG<sup>504</sup>, 21h Abs 2 AMAG<sup>505</sup>, 59 Abs 6 Arbeiterkammergesetz 1992<sup>506</sup> oder 53 Abs 9 ASchG<sup>507</sup>, um nur einige zu nennen.

Sowohl der Auftraggeber als auch der Betroffene können auf die **Schriftlichkeit des Auskunftsbegehrens (§ 26 Abs 1 DSG 2000)** sowie der Auskunft verzichten. Auch in diesem Fall handelt es sich offensichtlich nicht um eine Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSG 2000, da hier nicht die Verwendung von Daten Entscheidungsgegenstand ist, sondern die Form bestimmter Verfahrenshandlungen.

### 5.1.3. Einwilligungen im Strafrecht

Die Einwilligung im Strafgesetzbuch ist einerseits Rechtfertigungsgrund für die Verletzung (§ 90 StGB) andererseits ihr mangelndes Vorliegen Tatbestandsvoraussetzung in zahlreichen Delikten. An dieser Stelle interessiert vor allem der in § 90 StGB normierte Rechtfertigungsgrund: „*In Verletzungen von Leib und*

---

502 Zustimmung zum Zugriff, dh dem Ermitteln somit Verwenden iSd § 4 DSG 2000, auf persönliche Daten, die auf der e-card gespeichert sind.

503 Zustimmung zur Übermittlung von Gesundheitsdaten, die im Wege arbeitsmedizinischer Untersuchungen festgestellt worden sind, für Zwecke der Ursachenforschung von Arbeitsunfällen und -erkrankungen bzw der Auswertung zur Prävention eben solcher. Zeitgleich mit dieser Bestimmung wurde § 53 Abs 9 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) BGBl Nr 1994/450 erlassen, wonach das „Arbeitsinspektorat [...] dem zuständigen Träger der Unfallversicherung auf Anfrage eine Ausfertigung des Befundes samt Beurteilung zu übermitteln [hat], sofern die Übermittlung dieser personenbezogenen Daten wesentliche Voraussetzung für Zwecke der Forschung nach § 186 [Anm: hier fehlt die Absatzbezeichnung „Abs 1“] Z 4 ASVG darstellt.“ De facto ist diese Übermittlungspflicht des Arbeitsinspektorats überflüssig, da die Unfallversicherungsträger die Daten nur mit Zustimmung des Betroffenen verwenden, dh auch ermitteln darf. Wenn also die Zustimmung des Betroffenen nicht vorliegt, mögen die Daten zwar an die Unfallversicherungsträger übermittelt sein, dürfen aber trotzdem von diesen nicht verwendet werden. Hingegen dürfen die Unfallversicherungsträger die Daten vom Arbeitsinspektorat ermitteln, wenn die Zustimmung vorliegt, da „Verwenden“ auch „Ermitteln“ umfasst.

504 Zustimmung zur Übermittlung von Behandlungsdaten an andere Ärzte oder medizinische Einrichtungen, in deren Behandlung der Betroffene steht.

505 Zustimmung des Beitragsschuldners zur weiteren Verwendung seiner Daten.

506 Übermittlung von Arbeitnehmerdaten des Arbeiterkammerpersonals an den internen Kontrollausschuss nur mit Zustimmung des Betroffenen, es sei denn bei Daten über Entgeltleistungen und Aufwandsentschädigungen.

507 Siehe oben FN 503, 125.

*Leben kann man nicht unbeschränkt einwilligen. Nach der Sonderregel des § 90 StGB rechtfertigt die Einwilligung in eine Körperverletzung oder Gefährdung der körperlichen Sicherheit nur, wenn die Verletzung oder Gefährdung als solche nicht gegen die guten Sitten verstößt (wobei in die Tötung überhaupt nicht wirksam eingewilligt werden kann - §§ 77, 78 StGB).*<sup>508</sup>

Obwohl die Einwilligung in die Tötung nicht zulässig ist, ist der versuchte Selbstmord selbst nicht strafbar<sup>509</sup>. Das ergibt sich aus den ausdrücklichen Regelungen zur Beihilfe beim Selbstmord, in Zusammenschau mit den Beteiligungsdelikten am Selbstmord (§§ 77 und 78 StGB), die nach der Beteiligungslehre<sup>510</sup> im Strafrecht bei der Strafbarkeit des Selbstmords nicht notwendig wären. Da es auch kein eigenständiges Delikt Selbstmord gibt und alle Tötungsdelikte auf „andere“ als Opfer abzielen, akzeptiert die Rechtsordnung – als Ausdruck ihrer Liberalität – sogar den Verzicht auf das eigene Leben, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass dieser Verzicht vollkommen ohne fremde „Hilfe“ geschieht.

Für die datenschutzrechtliche Zustimmung ist das in zweifacher Hinsicht interessant:

1. Es kann *argumento a maiori ad minus* keine unverzichtbaren Bereiche im Datenschutz geben, jedenfalls soweit der Verzicht ohne fremde Hilfe erfolgt. *Der Betroffene selbst* ist in der Verletzung und Aufgabe seiner Rechtsgüter nahezu<sup>511</sup> unbeschränkt.
2. Sobald andere an der Verzichtsaktion beteiligt sind – die Begünstigung<sup>512</sup> reicht im Strafrecht nicht aus – sind Grenzen und Voraussetzungen des Verzichts wesentlich enger zu ziehen, da hier die Gefahr besteht, dass der Betroffene nicht seinem Willen<sup>513</sup> entsprechend handelt, sondern dem Willen der anderen Beteiligten folgt.

508 OGH 13.11.2002, 13 Os 102/02.

509 In diesem Sinne auch *Lewis*, Strafrecht – Besonderer Teil I<sup>2</sup>, 8.

510 Vgl etwa *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil 1<sup>4</sup>, 252.

511 Diese Einschränkung bezieht sich auf Fälle der eingeschränkten Einsichts- und Geschäftsfähigkeit („gesetzliche Vertretung“).

512 Dass jemand einen Vorteil, etwa durch Erbschaft aus dem Selbstmord eines Anderen zieht, ist nicht strafbar.

513 Zum Begriff des Willens vgl *Mittelstraß*, Enzyklopädie – Philosophie und Wissenschaftstheorie IV, 704. Demnach ist der Wille – ungeachtet der vielen verschiedenen Willensbegriffe – „im umfassendsten Sinne gewöhnlich als handlungsleitendes Streben“ definiert.

## **5.2. Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht**

Für die anwendbaren Auslegungsmethoden ist das Wissen um die Zuordnung entweder zum öffentlichen oder zum privaten Rechtsbereich von geringer Bedeutung, da etwa die Auslegungsregeln der §§ 6 f ABGB nach hM<sup>514</sup> auch für das öffentliche Recht gelten<sup>515</sup>.

Auch die seit je her bestehende unmittelbare Drittwirkung<sup>516</sup> legt nahe, die Überlegungen die im Privatrecht zur Freiheit und Gültigkeit abgegebener Willenserklärungen gemacht wurden<sup>517</sup> zu übernehmen. Die für die Analogie<sup>518</sup> notwendige Voraussetzung der Ähnlichkeit<sup>519</sup> besteht in der Ähnlichkeit der Interessenlage, da das informationelle Selbstbestimmungsrecht – ähnlich dem Prinzip der Privatautonomie – die individuelle Freiheit fördern soll.

Der zu Beginn der 1990er Jahre ausgetragene Streit zwischen *Mayer* und *Kuderna*, ob datenschutzrechtliche Zustimmungserklärungen nach privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten auszulegen seien, hat im heutigen DSG 2000, das keine unterschiedlichen Regelungen für den öffentlichen und privaten Bereich kennt, keinen Platz mehr. Zum damaligen Zeitpunkt wurde die Zustimmung im DSG als

---

514 Vgl. *Bydlinski* in *Rummel* § 6; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, 66; *Winkler*, Rechtsfragen der Bildung eines Klubs im Nationalrat, JBI 1993, 279; mwN *Forgó*, Zur Theorie der Sprachlichkeit des Rechts 70 f.

515 *Steininger*, Walter Wilburg als Lehrer und Forscher in der Erinnerung seiner unmittelbaren Schüler und das Bewegliche System im Gesamtgefüge der Wissenschaften, in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg) Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Forschungen aus Staat und Recht 73 (1986) 7 sieht „ein ausdrückliches Analogiegebot in § 7 [ABGB und eine Pflicht des Rechtsanwenders] in § 6, sich niemals mit dem bloßen Wortlaut des Gesetzes zu begnügen, sondern stets auf den Sinn zu achten, 'welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet“.

516 Die Grundrechtsbestimmung des § 1 DSG blieb seit der Stammfassung (BGBl Nr 565/1978) also vom 1. Jänner 1980 bis zu ihrer Aufhebung durch BGBl I Nr 165/1999 mit 31. Dezember 1999 unverändert! Noch 1983 bezeichnete *Berka*, JBI 1983, 290, das DSG „als zivilrechtliche Vorschrift[...] zum Schutz der Privatsphäre“.

517 *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995).

518 Zur Analogie schlechthin: *Kelsen*, Rechtslehre 350. Auch *Hanreich* in *Duschaneck* 85 verweist auf die Problematik wann Analogie und wann Umkehrschluss die angezeigte Auslegungsmethode sind.

519 „Analogie setzt aber voraus, daß die Fälle 'ähnlich' sind, dh – folgt man der Beurteilung der Judikatur – wohl auch gleich geregelt werden sollten.“ (*Walter*, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZfV 1979, 33 [39])



Rechtsgrundlage für die Datenverwendung an zwei Stellen erwähnt: einmal im 2. Abschnitt über den öffentlichen Bereich (§ 7 DSG) und einmal im 3. Abschnitt über den privaten Bereich (§ 18 DSG). Vor diesem Hintergrund ist auch die Position *Mayers*<sup>520</sup> zu verstehen, der damals die Ansicht vertrat, dass es sich bei der Zustimmung gemäß § 7 DSG um eine öffentlich-rechtliche Erklärung handle, die eine Anwendung der privatrechtlichen Interpretation ausschließe, wohingegen das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst in ZI 810.093/4-V/3/92 und *Kuderna*<sup>521</sup> der Meinung waren, dass auch die Zustimmungserklärung des § 7 DSG durchaus mit privatrechtlicher Methodik ausgelegt werden könne.

Auch *Feiell/Lehofer*<sup>522</sup> gehen davon aus, dass Zustimmungen gemäß § 107 TKG, die europarechtlich dieselben Wurzeln wie die datenschutzrechtliche Zustimmung aufweisen, nach den allgemeinen (zivilrechtlichen) Regeln über Willenserklärungen auszulegen seien. Im Übrigen vertritt auch die DSK die Meinung, dass Zustimmungen nach den allgemeinen Regeln des ABGB über Willenserklärungen auszulegen sind.<sup>523</sup>

### **5.3. Rechtsgeschäftliche Einordnung**

Im Hinblick auf die Stellvertretungs- und Auslegungsproblematik ist es wichtig die datenschutzrechtliche Zustimmung rechtsgeschäftlich einordnen zu können. Für Willenserklärungen gelten andere Regeln als beispielsweise für Realakte oder Willensbetätigungen. Die Auslegung von Willenserklärungen richtet sich zwar grundsätzlich nach den Bestimmungen über die Vertragsauslegung (§§ 914 ff ABGB) „außer es greifen besondere Regeln ein“<sup>524</sup> wie etwa § 4 Z 14 DSG 2000. Einseitig verbindliche Rechtsgeschäfte<sup>525</sup> etwa sind anders auszulegen und weisen auch sonst andere Rechtsfolgen<sup>526</sup> auf, als zweiseitig verbindliche (§ 915 ABGB). Wie oben<sup>527</sup> festgestellt, kann von der subsidiären Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Normen auch

---

520 *Mayer*, Willensmängel im öffentlichen Recht – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 7 Abs 1 Z 2 DSG, *ecolex* 1992, 812.

521 *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, *RdA* 1992, 421.

522 *Feiell/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 302.

524 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> 106.

525 *Schmitz/Eckhardt*, CR 2006, 535 sehen die Einwilligungserklärung – wie die Zustimmungserklärung in Deutschland genannt wird – als einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung an.

526 Wie etwa die Möglichkeit zur Anfechtung wegen Motivirrtums.

527 Vgl oben Kap 5.2, Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht 127.

auf datenschutzrechtliche Zustimmungen ausgegangen werden.

Ein Blick in die §§ 8 f DSG 2000 zeigt, dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht in unterschiedlicher Art und Weise ausgeübt werden kann und zwar:

1. im Rahmen eines Vertrags (§ 8 Abs 3 Z 4 DSG 2000<sup>528</sup>),
2. durch Veröffentlichung (§ 9 Z 1 DSG 2000<sup>529</sup>) oder
3. mittels Zustimmung<sup>530</sup> (§ 8 Abs 1 Z 2, § 9 Z 6 DSG 2000<sup>531</sup>).

Diese Unterschiede sind bereits in der Europäischen Datenschutzrichtlinie Grund gelegt<sup>532</sup>.

Im Bereich der medizinischen Heilbehandlung beispielsweise ist strittig ob die Einwilligung als Willenserklärung, Wissenserklärung oder Realakt anzusehen ist<sup>533</sup>. Auf Grund des klaren Wortlauts des § 4 Z 14 DSG 2000 ist bei der datenschutzrechtlichen Zustimmung – wie bei den Einwilligungstatbeständen des ABGB<sup>534</sup> – jedoch von einer Willenserklärung und damit einem (potentiellen) Bestandteil eines Rechtsgeschäftes<sup>535</sup> auszugehen. Im Gegensatz zur einfachgesetzlichen Zustimmung, kann die verfassungsrechtliche Zustimmung<sup>536</sup> allerdings auch Realakte und Willensbetätigungen umfassen.

---

528 Vgl Art 7 lit c DS-RL.

529 Vgl Art 8 lit e DS-RL.

530 Als eine Variante zur „Ausübung“ des informationellen Selbstbestimmungsrechts könnte auch die Duldung einer Verwendung von Daten angesehen werden. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um selbstbestimmtes Handeln (s unten Kap 6.2.2, Zulässigkeit von Widerspruchsobliegenheiten 161) weshalb an dieser Stelle von einer Aufzählung abgesehen wurde.

531 Vgl Art 7 lit a, 8 Abs 2 lit a DS-RL.

533 *Pircher*, Das Verhältnis der Einwilligung zum Behandlungsvertrag, RdM 1999, 171 (175).

534 *Resch*, Einwilligung 9.

535 *Koziol/Welser* I<sup>13</sup> 96.

536 Zur Unterscheidung des einfach- bzw verfassungsgesetzlichen Zustimmungsbegriffs siehe oben Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94.

### 5.3.1. Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Willenserklärung

Wie schon erwähnt handelt es sich bei der einfachgesetzlichen Zustimmung definitionsgemäß um eine Willenserklärung – eine umfassende Auseinandersetzung mit ihren Voraussetzungen erfolgt unten in Kap 6, Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmung nach § 4 Z 14 DSG 2000 134.

### 5.3.2. Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Willensbetätigung

Die Willensbetätigung auch Willensgeschäft<sup>537</sup> genannt „*ist genauso wie die Willenserklärung auf einen rechtsgeschäftlichen Erfolg gerichtet [ – anders] als die Willenserklärung hat aber das Willensgeschäft keinen Kundgabezweck. [...] Das Willensgeschäft ist darauf gerichtet, eine Rechtsfolge dadurch herbeizuführen, daß der ihr entsprechende tatsächliche Zustand hergestellt wird. Es ist damit Vollzugs-, nicht aber Erklärungsakt.*“<sup>538</sup>

Wenn es also dem Betroffenen darauf ankommt, dass seine Daten verwendet werden und er diese Verwendung – etwa durch Übermittlung, wozu auch die Veröffentlichung zählt – tatsächlich herbeiführt, handelt es sich um eine Willensbetätigung. Da sie definitionsgemäß vom Willen des Betroffenen getragen sein muss, ist sie auch unter den verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff des § 1 Abs 2 DSG 2000 zu subsumieren, wengleich sie mangels Willenserklärung keine Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSG 2000 darstellt. Auf Grund ihrer Zuordnung zum verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff muss sie auch frei von Zwang und – wenn die Initiative vom Auftraggeber ausgeht – informiert<sup>539</sup> erfolgen, allerdings sind die übrigen Voraussetzungen, die für Zustimmungen gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 gelten nicht auf sie anzuwenden.

Ein Beispiel der Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Willensbetätigung findet sich in § 16 Abs 2 E-GovG, wonach ein Nachweis über die Erwerbstätigkeit durch Vorlage einer elektronisch signierten Auskunft erbracht werden

---

537 *Koziol/Welser* I<sup>13</sup> 98 f.

538 *Koziol/Welser* I<sup>13</sup> 98 f.

539 S oben Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94.

kann.

### 5.3.3. Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Realakt

Realakte stellen bloß faktisches Handeln dar, das allerdings Rechtsfolgen auslöst. Im Gegensatz zu Rechtsgeschäften sind sie weder auf die Erklärung eines Willens noch auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet<sup>540</sup>, die sie dennoch auslösen. Ein Beispiel für einen Realakt ist im Datenschutzrecht in Form der Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst zu finden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst, da eine Veröffentlichung durch Dritte einem anderen Eingriffstatbestand des § 1 Abs 2 DSG 2000 zugeordnet werden müsste. Bereits auf europarechtlicher Ebene wird zwischen Veröffentlichung (Art 8 Abs 2 lit e DS-RL) und Zustimmung zur Verwendung von Daten (Art 8 Abs 2 lit a DS-RL) unterschieden:

#### **„Artikel 8 – Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten**

[...]

(2) Absatz 1 findet in folgenden Fällen keine Anwendung:

a. Die betroffene Person hat ausdrücklich in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt, es sei denn, nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden; oder

[...]

e. die Verarbeitung bezieht sich auf Daten, die die betroffene Person offenkundig öffentlich gemacht hat, [...]"

Diese Differenzierung wurde durch § 9 Z 1 (Veröffentlichung) bzw Z 6 DSG 2000 in österreichisches Recht umgesetzt.<sup>541</sup> Die Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst ist auf Grund des Eingriffstatbestands „Zustimmung“ des § 1 Abs 2 DSG 2000 zulässig. Wenn dieser Eingriffstatbestand zu Recht als die verfassungsrechtliche Verankerung des Selbstbestimmungsrechts anzusehen ist, kommt – von den möglicherweise medizinisch indizierten Fällen<sup>542</sup> abgesehen – nur dieser Eingriffstatbestand zur Legitimierung der Veröffentlichung in Frage. Nach erfolgter Veröffentlichung ist es nicht

---

540 *Koziol/Welser* I<sup>3</sup> 100.

541 Vgl *Weiss*, Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung (§ 18 DSG) durch Vertrag? EDVuR 1993, 80.

542 Hier käme auch eine Rechtfertigung durch den Eingriffstatbestand „lebenswichtige Interessen“ in Frage.

mehr erforderlich einen der Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000 zu bemühen, da bereits auf Ebene des § 1 Abs 1 DSG 2000 die Schutzwürdigkeit auf Grund der allgemeinen Verfügbarkeit abzulehnen sein wird.

Trotzdem ist die Frage offen geblieben, warum zwischen Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst und seiner Zustimmung unterschieden wird, wenn doch beide einfachgesetzlichen Eingriffsermächtigungen auf die selbe verfassungsrechtliche Eingriffsermächtigung rückführbar sind. Ein wesentlicher Grund besteht jedenfalls in der europarechtlichen Vorgabe des Art 8 DS-RL. Ein weiterer Grund könnte aber auch sein, dass im Gegensatz zur Zustimmung die Initiative vom Betroffenen ausgehen muss. Das Aktivwerden des Betroffenen ist definitionsgemäß *conditio sine qua non* für die Veröffentlichung, weshalb sie auch ohne Kenntnis der Sachlage erfolgen darf. In Wahrheit gibt es bei der vom Betroffenen selbst durchgeführten Veröffentlichung nämlich keinen Auftraggeber iSd § 4 Z 3 DSG 2000. Die sonst dem Auftraggeber zufallende Rolle – das ist die Entscheidung über die Verwendung der Daten – kommt in den Fällen der Veröffentlichung dem Betroffenen zu. Auch wenn dieser uninformiert und eben nicht in Kenntnis der Sachlage ist, ist die Veröffentlichung zulässig. Einzig die Zwangsfreiheit ist erforderlich, da sie *ex definitione* mit Selbstbestimmung unvereinbar ist.<sup>543</sup>

Ein weiterer bedeutender Unterschied, der sich aus der Zulässigkeit der Veröffentlichung und in weiterer Folge den notwendigen, faktischen Konsequenzen von Veröffentlichungen ergibt, ist die Unwiderrufbarkeit von Veröffentlichungen. Wer beispielsweise auf die Inanspruchnahme von Diskretionen in einem Amt freiwillig verzichtet, veröffentlicht seine Daten – zumindest gegenüber einer Teilöffentlichkeit.<sup>544</sup> Selbst ein allfälliger „Widerruf“ könnte keine rechtlichen Wirkungen entfalten, da mit dem Zeitpunkt der Veröffentlichung, die Daten als allgemein verfügbar iSd § 1 Abs 1 DSG 2000 anzusehen sind und daher keinerlei datenschutzrechtlichem Schutz unterliegen. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass dieser wieder wirksam werden kann<sup>545</sup>, allerdings dürfte dies in Zeiten des Internets zunehmend schwieriger werden.

---

543 Dies ist auch der Grund warum die Zwangsfreiheit jedenfalls Tatbestandsmerkmal des Eingriffstatbestands „Zustimmung“ des § 1 Abs 2 DSG 2000 ist.

544 Vgl BKA-810.076/0003-V/3/2005.

545 Zu denken wäre hier etwa an das „In-Vergessenheit-Geraten“ etwa von Strafprozessen, über die in den Medien berichtet wurde. Im speziellen Fall des Strafrechts ist davon auszugehen, dass der datenschutzrechtliche Schutz spätestens nach Ablauf der gesetzlichen Tilgungsfristen (vgl §§ 3 ff Tilgungsgesetz 1972, BGBl 68) wieder auflebt. Für veröffentlichte Informationen die allerdings – etwa

#### **5.4. Zusammenfassung**

Da das (Grund)recht auf Datenschutz mit der Zustimmung in die Verwendung nicht untergeht, handelt es sich nicht um einen Verzicht, sondern um einen partiellen Verzicht auf die Ausübung des Rechts. Auch sonst entspricht die datenschutzrechtliche Zustimmung der Einwilligung, da sie im Voraus gegeben werden muss und jederzeit widerrufbar ist. Die Zustimmung lässt das zu Grunde liegende Recht – das Grundrecht auf Datenschutz – unberührt. Mit der Zustimmung disponiert der Betroffene bloß über die aus dem Grundrecht auf Datenschutz erfließenden Nutzungsrechte. Die einfachgesetzliche Zustimmung (§ 4 Z 14 DSG 2000) ist definitionsgemäß immer eine Willenserklärung – die verfassungsrechtliche Zustimmung (§ 1 Abs 2 DSG 2000) umfasst auch Realakte und Willensbetätigungen.

---

durch Suchmaschinen – nicht in Vergessenheit geraten können, ist ein Wiederaufleben des datenschutzrechtlichen Schutzes schwer bis gar nicht vorstellbar.

## **6. VORAUSSETZUNGEN EINER RECHTSWIRKSAMEN ZUSTIMMUNG** **NACH § 4 Z 14 DSGVO 2000**

Alle Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmung müssen erfüllt sein (§ 4 Z 14 DSGVO 2000), damit eine Verwendung von Daten zulässig ist und diese keine Grundrechtsverletzung darstellt (§ 1 Abs 2 DSGVO 2000).

### **6.1. Die Gültigkeit, insbesondere Zwangsfreiheit**

*Grabenwarter* stellt zutreffenderweise fest, dass mit dem Erfordernis der Gültigkeit „*nur Selbstverständliches zum Ausdruck gebracht*“<sup>546</sup> werde, das zudem keine Neuerung bedeute, „*da die Gültigkeit auch Voraussetzung nach altem Recht war*“<sup>547</sup>. Der Rekurs auf die „*gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung*“ deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber den zivilrechtlichen Katalog der Willensmängel<sup>548</sup> vor Augen hatte und eben diese ausgeschlossen sehen wollte. Der Absenz von Zwang als Wirksamkeitsvoraussetzung räumte er besondere Bedeutung ein, da er sie explizit neben der Gültigkeit nochmals anführte.

In den Materialien<sup>549</sup> findet sich diesbezüglich kein Hinweis, dennoch lässt der Verweis auf eine *gültige Willenserklärung* – als typischem Begriff der Zivilrechtsdogmatik – nur eine zivilrechtliche Auslegung derartiger Willenserklärungen zu. Diese Ansicht wurde bereits von *Kuderna*<sup>550</sup> bzw vom Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst<sup>551</sup> vertreten und deckt sich zudem mit der jüngsten Rechtsprechung der Datenschutzkommission, wonach „*der Begriff 'Willenserklärung' erkennen [lässt], dass für datenschutzrechtliche Zustimmungen grundsätzlich auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, also insbesondere des ABGB und des KSchG – soweit dieses nach seinem § 1 Abs. 1 anwendbar ist – verwiesen wird*“.<sup>552</sup> Zur Ansicht *Mayers* bzw auf die Diskussion ob es sich um eine öffentlich- oder eine zivilrechtliche Erklärungen handelt wird oben auf Kap

546 *Grabenwarter*, ÖJZ 2000, 868.

547 *Grabenwarter*, ÖJZ 2000, 868.

548 *Koziol/Welser*, Grundriss I<sup>12</sup> 118 ff.

549 In den Materialien zum DSGVO 2000 fehlt dieser Gedanke schlichtweg – eine Recherche in den Materialien des DSGVO konnte unterbleiben, da das DSGVO keine Definition der Zustimmung vorsah.

550 *Kuderna*, RdA 1992, 421.

551 BKA-VD 810.093/4-V/3/92.

552 Vgl DSK vom 14.02.2006, K211.634/0004-DSK/2006.

5.2, Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht 127 verwiesen<sup>553</sup>.

Neben Zwang zählen insbesondere List, Irrtum und Drohung (Furcht) gemäß den §§ 870 ff, 901 ABGB zu den Willensmängeln. Ungültig sind somit Zustimmungserklärungen, die auf dem Irrtum des Betroffenen beruhen oder listig von ihm erlangt wurden. In Furcht gegründete Willensmängel sind vom Zwangsverbot umfasst. Der Zwang unterscheidet sich von den anderen Willensmängeln wie Irrtum, List oder Betrug dadurch, dass er offensichtlich ist. Wer gezwungen wird, ist sich der Einflussnahme auf sein Handeln bewusst – abgesehen von den Fällen der mangelnden Geschäftsfähigkeit, deren zivilrechtliche Regelung ausdrücklich über § 9 AVG ins allgemeine Verwaltungsverfahren rezipiert werden.

### 6.1.1. Allgemeines zum Zwang

Die Wahl des Zwangsbegriffs beeinflusst die Auslegung datenschutzrechtlicher Zustimmungen maßgeblich, da von ihm die materielle<sup>554</sup> Zulässigkeit einer Zustimmung abhängt. *Iraschko-Luscher*<sup>555</sup> bringt die Problematik auf den Punkt, wenn sie behauptet, dass „*die Frage, wann die Einwilligung freiwillig oder unfreiwillig erfolg[e], [letztlich] die Frage nach den Grenzen der Einwilligung [selbst sei].*“

Da die Interessen anderer durch den 3. Fall des § 1 Abs 2 DSG 2000 („überwiegende berechnigte Interessen anderer“) sowieso berücksichtigt sind, können die gegen das

---

553 Vom VfGH konnte zur Gültigkeit von Willenserklärungen keine Judikatur gefunden werden. Der VwGH nahm in VwSlg 6425 F/1989, 6363 F/1989 und 7250 A/1967 auf die Gültigkeit von Willenserklärungen Bezug.

554 Von den materiellen, dh den Inhalt betreffenden Voraussetzungen (Zwangsfreiheit, Kenntnis des Betroffenen) sind die formellen vom OGH entwickelten Voraussetzungen wie etwa Ausdrücklichkeit, Hinweis auf das Widerrufsrecht, Aufklärung des Betroffenen etc... zu unterscheiden. Die formellen Voraussetzungen (vgl *Reimer* in *Jahnel/Sieghart/Fercher* 204 f) sind einfacher zu erkennen und zu beurteilen, da sie offensichtlich sind. Ob auf das Widerrufsrecht hingewiesen wurde oder nicht kann – va bei schriftlichen Zustimmungserklärungen – leicht nachgewiesen werden. Ob allerdings eine Zustimmungserklärung tatsächlich frei von Zwang abgegeben wurde oder nicht, ist nicht mehr so einfach zu beurteilen. Das dürfte auch der Grund sein, warum es dazu bislang keine Judikatur gibt. Sind die formellen Voraussetzungen erfüllt, sind idR auch die materiellen Voraussetzungen erfüllt. Zumindest kann dies vermutet werden. Allerdings führt diese Vorsichtsvariante – das Bestehen auf formellen Voraussetzungen – zu manchmal unpraktischen Anforderungen, die durch eine verstärkte Zuwendung zu den materiellen Voraussetzungen vermieden werden könnten.

555 *Iraschko-Luscher*, Einwilligung – eines stumpfes Schwert des Datenschutzes?, DuD 2006, 706 (708).



Auslegungsprinzip „in favor libertate“ vorgebrachten Bedenken,<sup>556</sup> nicht ins Treffen geführt werden. Die datenschutzrechtliche Zustimmung muss daher nach Gesichtspunkten möglichst großer individueller Freiheit ausgelegt werden. Der Gesetzgeber hat dies auch mit der jederzeitigen Widerrufbarkeit<sup>557</sup> unterstrichen.

Die Freiheit der Entscheidung oder negativ formuliert das Fehlen von Zwang zählt zu den vordringlichsten Zielsetzungen einer liberalen Rechtsordnung. „[W]o Recht ist, darf in der Regel Zwang ausgeübt werden, nicht aber etwa ist dort Recht, wo Zwang ist.“<sup>558</sup>

Die Thematik ist in abgewandelter Form in jeder Rechtsdisziplin<sup>559</sup> zu finden. Das althochdeutsche Wort „thwanga“ oder „dwingan“ bedeutete „zusammendrücken“ und „einengen“.<sup>560</sup> Im Allgemeinen ist damit das Einengen der Handlungsmöglichkeiten<sup>561</sup> der gezwungenen Person gemeint<sup>562</sup>. Kaum Schwierigkeiten bereiten jene Fälle, in denen die Einengung der Handlungsmöglichkeiten durch Androhung strafbarer Handlungen erfolgt. Hier ist die Schwelle der Rechtswidrigkeit überschritten und in aller Regel bereits eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung gesetzt worden. § 74 Z 5 StGB definiert die gefährliche Drohung als „eine Drohung mit einer Verletzung an Körper, Freiheit,

<sup>556</sup> Ossenbühl, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte I

<sup>557</sup> Näher dazu unten Kap 7.4, Die jederzeitige Widerrufbarkeit 188 sowie unten Kap 7.4.2, Wirkungen eines Widerrufs 191.

<sup>558</sup> Kaufmann, Rechtsphilosophie<sup>2</sup> 150.

<sup>559</sup> Im (materiellen) Strafrecht ist Zwang mitunter Teil des Tatbilds, so etwa bei der Nötigung (§ 105 StGB), der Schweren Nötigung (§ 106 StGB), dem Raub (§ 142 StGB), der Erpressung (§ 144 StGB), der schweren Erpressung (§ 145 StGB), der Vergewaltigung (§ 201 StGB), der geschlechtlichen Nötigung (§ 202 StGB), dem grenzüberschreitenden Prostitutionshandel (§ 217 StGB), der Nötigung oberster Staatsorgane (§ 249 ff StGB), der Wahlbehinderung (§ 262 StGB), der Verhinderung einer Wahl oder Volksabstimmung (§ 267 StGB) sowie dem Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 269 StGB). Im Zivilrecht müssen Willenserklärungen „frei, ernstlich, bestimmt und verständlich“ (§ 869 ABGB) abgegeben werden. Das Medizinrecht kennt die Erfordernisse von freien Entscheidungen, zB im Fortpflanzungsmedizingesetz oder bei der Durchführung von medizinischen Studien.

<sup>560</sup> Brockhaus, Enzyklopädie XXX<sup>21</sup>, 738.

<sup>561</sup> Es genügt auf die Handlungsmöglichkeiten abzustellen, denn entscheiden ohne handeln zu wollen, bleibt immer ein auf die innere, gedankliche Welt der entscheidenden Person beschränkter Vorgang, der mit heutigen Mitteln nicht unterbunden werden kann. Die bloße Entscheidung ist im gegebenen Zusammenhang daher irrelevant, da sie streng genommen nicht beeinträchtigt werden kann. Interessant ist die Veränderung der Handlungsmöglichkeiten.

<sup>562</sup> Brockhaus, Enzyklopädie XXX<sup>21</sup>, 738.

*Ehre oder Vermögen, die geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnisse einzuflößen, ohne Unterschied, ob das angedrohte Übel gegen den Bedrohten selbst, gegen dessen Angehörige oder gegen andere unter seinen Schutz gestellte oder ihm persönlich nahestehende Personen gerichtet ist“.*

Weitaus schwieriger gestaltet sich die Frage ob Zwang vorliegt, wenn die Einengung der Handlungsmöglichkeiten nicht so augenfällig ist. Je mehr Handlungsmöglichkeiten von einer Person für sich selbst als „untragbar“ ausgeschlossen werden – etwa der Entschluss keine roten Autos zu kaufen, nicht für weniger als 2.000,- EUR brutto im Monat zu arbeiten oder nicht in Konkurs gehen zu wollen – desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass Situationen zu einer Einengung der Handlungsmöglichkeiten führen. Personen, die mehr Handlungsmöglichkeiten für sich ausgeschlossen haben, könnte man als weniger zwangsresistent bezeichnen, da es mehr Möglichkeiten gibt ihre Handlungsmöglichkeiten einzuschränken. Personen hingegen, die weniger Handlungsmöglichkeiten für sich ausgeschlossen haben, sind insofern zwangsresistenter als es schwieriger ist, ihre Handlungsmöglichkeiten zu reduzieren. Wenn nun diese Situationen von anderen herbeigeführt wurden und die zuvor genannten Ausschlüsse der „Gezwungenen“ an Handlungsmöglichkeiten berechtigt, dh sich auf ein in einer Rechtsnorm verbrieftes Interesse stützen kann, sind, spricht man von Zwang. Die Ausschlüsse bestimmter „untragbarer“ Zustände können auch als „Vermeidungswünsche“ der potentiell gezwungenen Personen bezeichnet werden und stehen den Wünschen der potentiellen Zwangsausübenden gegenüber. Nun ist es so, dass eine Rechtsordnung zwischen zulässigen und unzulässigen Wünschen unterscheidet. Im nicht-monetären Bereich findet die Grenzziehung oft in Bezug auf das geschützte Rechtsgut statt – im Strafrecht würde man von Erfolgsdelikten sprechen – während im monetären Bereich oft in Bezug auf eine bestimmte verbotene Handlung stattfindet – im Strafrecht als Tätigkeitsdelikte bezeichnet.

Als Abgrenzungskriterium zu anderen Faktoren die Entscheidungen beeinflussen können, wird bei Zwang vor allem gesehen, *„dass die betroffene Person oder Gruppe keine eigenständige Alternative zu dem erzwungenen Verhalten ausbilden kann. Es handelt sich also bei Zwang um eine einseitige, nichtreziproke Beziehung.“*<sup>564</sup>

---

<sup>564</sup> Brockhaus, Enzyklopädie XXX<sup>21</sup>, 738.

Zwang wird subjektiv sehr unterschiedlich empfunden – was dem Einen Furcht einflößt, berührt den Anderen in keinster Weise. Gerade diese Subjektivität würde auf den ersten Blick einen subjektiven Zwangsbegriff erfordern, allerdings wäre der Rechtssicherheit damit kein großer Dienst erwiesen. Woher kann man dann wissen, was ein anderer als Zwang empfindet und wie man sich verhalten soll um niemanden zu zwingen? Man wird sohin nicht objektiven Kriterien des Zwangsbegriffs vorbeikommen.

#### 6.1.1.1. Die Entscheidungssituation

Die Summe aller Handlungsmöglichkeiten, die einer bestimmten Person offen stehen, stellt im Zeitpunkt der Entscheidung die relevante Situation dar. Beeinträchtigungen der Entscheidungssituation können sich aus im Entscheidenden gelegenen Gründen oder aus anderen – dh in der Umwelt des Entscheidenden gelegenen – Gründen ergeben. Dem Verursachungsprinzip folgend muss es Ziel der Rechtsordnung sein, die externen, negativen Einflüsse soweit als möglich auszuschneiden. Für die im Inneren des Entscheidenden gelegenen Gründe, ist allein der Entscheidende verantwortlich – er hat dafür auch die Konsequenzen zu tragen.

Die Entscheidung wird *„in allen Fällen durch das Verhältnis der momentanen zu den konstanten Motiven des Menschen [getroffen]: sie folgt aus dem Zusammenwirken seiner gegenwärtigen Lage und seines dauernden Wesens.“*<sup>565</sup>

#### 6.1.1.2. Wirkungsweise von Zwang

Zwang kann auf zweierlei Art wirken:

1. im Vorfeld der Zustimmung, zur Erlangung der Zustimmungserklärung („*abgegeben*“ – § 4 Z 14 DSG 2000) oder
2. während der aufrechten Zustimmung, um diese zu erhalten („*jederzeit widerrufbar*“ – §§ 8 Abs 1 Z 2 und 9 Z 6 DSG 2000).

Der nachträgliche Zwang um wieder eine Zustimmungserklärung zu erlangen kann unter Punkt 1 subsumiert werden. Wie die beigegebenen Gesetzeszitate zeigen, schützt das DSG 2000 sowohl vor Zwang zur Erlangung der Zustimmung („Erlangungszwang“, Punkt 1) als auch Zwang zur Aufrechterhaltung der Zustimmung („Erhaltungszwang“, Punkt 2).

---

<sup>565</sup> *Windelband*, Willensfreiheit 61.

### 6.1.1.3. Beurteilungsmaßstab

Unklar ist ob das Vorliegen von Zwang aus subjektiver oder objektiver Sicht zu beurteilen ist?

In der österreichischen Rechtsordnung gibt es bereits ähnlich gelagerte Fälle, in denen der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen hat. Im Strafrecht beispielsweise erfolgt die Tatbildzuordnung nach objektiven Kriterien, wie etwa durch Vergleich mit einer Normperson, während die Strafzumessung stark subjektiv geprägt ist. Auch im bürgerlichen Recht gibt es diese Fragestellung: Gelten Erklärungen wie sie ein Durchschnittsempfänger verstehen durfte und sind somit nach objektiven Gesichtspunkten auszulegen oder gelten sie wie der Erklärende sie gemeint hat und somit nach subjektiven Gesichtspunkten?

Den Fällen objektiver Beurteilung ist gemein, dass Rechtswirkungen auch für Dritte entfaltet werden sollen. Außerdem können Aspekte der Rechtssicherheit sowie Präventionsgedanken eine Rolle spielen. All diesen Überlegungen liegt ein potentieller Eingriff in Rechtspositionen Dritter zu Grunde. Bei der Strafzumessung hingegen beschränkt sich der Eingriffsbereich auf die Rechtsposition der verantwortlichen Person. Der Ruf nach objektiver Beurteilung wird besonders dort laut, wo die Rechtssphären mehrerer Personen in tendenziell negativer Weise betroffen sein können. Wo nur ein Einzelner (negativ) betroffen sein kann, ist die objektive Betrachtung nicht erforderlich um Unbeteiligte (Unverantwortliche) zu schützen. Es geht somit um die Frage der Zurechnung, in letzter Konsequenz der Gerechtigkeit („veil of ignorance“), denn der, der sich den anderen nicht mitteilt oder sein Verhalten nicht für die anderen nachvollziehbar gestaltet, erschwert oder verhindert gar eine entsprechende Reaktion seiner Mitmenschen. Wo diese kein Recht zur Reaktion haben, zB weil sie nicht betroffen sind, kann eine objektive Beurteilung entfallen. Folglich ist für die Beurteilung einer Zwangslage im Rahmen datenschutzrechtlicher Zustimmungen, auf Grund ihrer Seitenwirkung (Zulässigkeit der Verwendung durch Dritte) die objektive Beurteilung angezeigt<sup>566</sup>.

### 6.1.2. Arten des Zwangs – Unterscheidung nach der Ursache

Mit Blick auf die Ursache können folgende Zwangsarten unterschieden werden:

---

<sup>566</sup> Siehe *Loeb*, ÖJZ 1947, 364.

1. **naturgesetzmäßiger**<sup>567</sup> **Zwang** ist Zwang der nicht von einem Menschen ausgeht, sondern eine unausweichliche Konsequenz darstellt;
2. **Zwang durch Personen**, wobei drei Konstellationen unterschieden werden müssen:
  1. Zwang durch Andere ,
  2. Selbstzwang und
  3. Zusammenwirken von Zwang durch Andere und Selbstzwang
3. **Sachzwänge**<sup>568</sup>.

Der naturgesetzmäßige Zwang und die Sachzwänge finden ihren Ursprung nicht in einem Individuum, sondern in der Natur der Dinge bzw einer allgemeinen Entwicklung<sup>569</sup>. Man kann beide Phänomene dem Begriff der Zwangslage ieS zuordnen.

567 Vgl zu dieser Problematik *Windelband*, Willensfreiheit 9 f. Unter naturgesetzmäßigem Zwang wären etwa die negativen Konsequenzen zu verstehen, die eintreten wenn ein potentieller Teilnehmer am elektronischen Gesundheitsakt die Teilnahme verweigert und die mit der Teilnahme verbundenen Vorteile, wie etwa einer Qualitätssteigerung der medizinischen Behandlung, dadurch nicht in Anspruch nehmen kann.

568 Der Begriff des „Sachzwangs“ ist ein seltener Begriff der österreichischen Rechtsordnung. Es gibt (Stand: 20.9.2008) lediglich fünf Fundstellen, wobei vier davon in Texten von Staatsverträgen zu finden sind. Der einzige Verweis auf „Sachzwänge“ in einem Bundesgesetz findet sich in § 65 Eisenbahngesetz 1957, BGBl Nr 1957/60, wonach die „Zuweisungsstelle [...] bei der Netzfahrplanerstellung [...] allen Sachzwängen, denen die Zugangswerber unterliegen, einschließlich der wirtschaftlichen Auswirkungen auf ihre Geschäftstätigkeit, soweit wie möglich Rechnung zu tragen [hat].“ Eingefügt wurde der Verweis durch BGBl I Nr 2004/38 – leider enthalten auch die zugehörigen Materialien (ErläutRV 349 BlgNR 22. GP 9) keine näheren Ausführungen zu diesem Begriff.

Über die spärliche Verwendung in der österreichischen Rechtsordnung hinaus ist der Begriff auch in Nachschlagewerken kaum zu finden (so etwa nicht enthalten in: *Brockhaus*, Enzyklopädie XXX<sup>21</sup> oder *Mittelstraß*, Enzyklopädie II). Eine Ausnahme stellt dabei Wikipedia dar, wonach „[a]ls Sachzwänge [...] äußere Umstände bezeichnet [werden], die als vermeintlich nicht veränderbare Grundlagen eine wichtige Rolle bei der Entscheidungsfindung spielen“ (Artikel „Sachzwang“ in Wikipedia, Die freie Enzyklopädie , <http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Sachzwang&oldid=37820448> [22.09.2008]).

Ein Beispiel für Sachzwänge sind kulturelle und soziale Zwänge.

569 *Der Mensch ist den Zwängen unterworfen, die er selbst als seine Welt und sein Wesen produziert* (Schelsky, Zivilisation 18). Er befindet sich in einem „Kreislauf der sich selbst bedingenden Produktion“ (Schelsky, Zivilisation 16), allerdings „folg[t] diese wissenschaftlich-technische

Das österreichische Zivilrecht unterscheidet begrifflich zwischen *Zwang* (§ 565 ABGB) und *Zwangslage* (§ 164 Abs 2, 184a Abs 1 Z 1 und 879 Abs 2 Z 4 ABGB), nicht immer ist jedoch der Unterschied klar. Es ist das Verdienst von *Loeb* die *Zwangslage*<sup>570</sup> iW in den *Zwang* sowie die *Zwangslage* iES unterteilt zu haben. Letztere „*liegt vor*:

1. *wenn der Zwang nicht von Menschen ausgeht;*
2. *wenn er zwar von Menschen ausgeht, aber nicht widerrechtlich ist;*
3. *wenn er zwar von Menschen ausgeht und zugleich widerrechtlich ist, die Drohung jedoch so allgemein und unbestimmt ist, daß die Furcht gerade dieser Person, die das Versprechen abgibt, vor einer solchen Drohung vom annehmenden Teil nicht erkannt werden kann.*<sup>571</sup>

### 6.1.3. Unterschiedliche Zwangsbegriffe

#### 6.1.3.1. Der Zwang im Datenschutzrecht

In ihrer Entscheidung vom 8. März 2006<sup>572</sup> hatte die DSK die Zulässigkeit einer webbasierten Datenbank über Projekte und Qualifikationen von Konzernmitarbeitern zu beurteilen. Dabei kam es zur Übermittlung von Daten zwischen den verschiedenen Niederlassungsstaaten, die nach Ansicht des Konzerns auf die Zustimmung der Mitarbeiter gestützt werden konnte, da diese die Eintragungen in der Datenbank nicht nur selbst vornehmen sondern jederzeit auch löschen konnten. Die DSK nahm bei der Beurteilung dieser Zustimmung auf *Dammann/Simitis*<sup>573</sup> Bezug wonach, „[d]ie Freiheit der Entscheidung [...] in einem Abhängigkeitsverhältnis (wie z. B. im Rahmen von Arbeitsverhältnissen) so stark eingeschränkt sein [kann], dass eine Einwilligung als unwirksam anzusehen ist“ und verneinte das Vorliegen einer freien Zustimmung, da „angesichts des Zwecks der Datenbank, nämlich dem Arbeitseinsatz der Mitarbeiter, davon auszugehen [ist], dass eine faktische Notwendigkeit besteht, Eintragungen

---

*Selbstschöpfung des Menschen und seiner neuen Welt [k]einem »universalen Arbeitsplan«* (Schelsky, Zivilisation 17).

570 Bemerkenswert ist, dass der Begriff „Zwangslage“ zum Zeitpunkt von *Loeb*s Überlegungen gar nicht im ABGB vorkam.

571 *Loeb*, ÖJZ 1947, 369.

572 DSK 8.3.2006, K178.209/0006-DSK/2006.

573 *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Rz 23 zu Artikel 2h.

vorzunehmen“.

#### 6.1.3.2. Der Zwang im Strafrecht: die Drohung (vis compulsiva)

Das Problem bei der juristischen Annäherung an den Begriff Zwang ist ua, dass die Rechtswidrigkeit sowohl Rechtsfolge als auch Tatbestandselement ist: Viele Handlungen, die zu Zwang führen sind rechtswidrig, manche sogar mit gerichtlicher Strafe bedroht – wie etwa die gefährliche Drohung (§ 74 Abs 1 Z 5 bzw § 107 StGB) oder die Nötigungsdelikte (§§ 105 f StGB). Manche Handlungen, die für sich alleine betrachtet durchaus rechtskonform sind, werden allerdings in einer größeren Betrachtungsweise<sup>574</sup> rechtlich unzulässig, weil sich in Kombination mit anderen Umständen – die bei der isolierten Betrachtung nicht auffielen – zu Zwangssituationen führen. Die Rechtswidrigkeit einer Handlung und ihr Zwangscharakter sind zwei unterschiedliche, von einander unabhängige Eigenschaften. Einerseits gibt es den rechtskonformen Zwang (zB Exekution) andererseits die zwangslose Rechtswidrigkeit (zB bloße Zerstörung, die völlig außerhalb jedes Zusammenhangs steht).

Interessant ist, dass der Begriff Zwang im StGB nur im prozessualen Zusammenhang verwendet wird (§ 58 Abs 3 Z 2 StGB). In den Deliktstatbeständen, die die Selbstbestimmung schützen<sup>575</sup>, kommt er hingegen nicht vor – hier wird der Begriff der Drohung und insbesondere der gefährlichen Drohung verwendet.

Die gefährliche Drohung wird in § 74 Abs 1 Z 5 StGB als *„Drohung mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre oder Vermögen, die geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnisse einzuflößen, ohne Unterschied, ob das angedrohte Übel gegen den Bedrohten selbst, gegen dessen Angehörige oder gegen*

---

574 Zur Bedeutung des Betrachtungswinkels siehe Error: Reference source not found Kap 6.1.4.3, Motivation Error: Reference source not found.

575 Dies sind die Überlieferung an eine ausländische Macht (§ 103 StGB), der Menschenhandel (§ 104 StGB), die Nötigungsdelikte (§§ 105 ff, 202, 249 ff und 275 StGB), die Raubdelikte (§§ 131 und 142 f StGB), die Erpressungsdelikte (§§ 102, 145 f und 185 StGB), die Störung einer Religionsübung (§ 189 StGB), die Vergewaltigung (§ 201 StGB), der grenzüberschreitende Prostitutionshandel (§ 217 StGB), Hochverratsdelikte (§ 242 und 316 StGB), die Wahlbehinderungsdelikte (§§ 262 und 267 StGB), der Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 269 StGB), einige Terrorismusdelikte (§§ 278b ff StGB), die Sprengung einer Versammlung (§ 284 StGB) sowie Völkermord (§ 321 StGB).

*andere unter seinen Schutz gestellte oder ihm persönlich nahestehende Personen gerichtet ist“* definiert.

Die Form der Drohung ist unerheblich – insbesondere spielt es keine Rolle ob die Drohung, mündlich, fernmündlich, schriftlich, durch einen Dritten oder konkludent geäußert wird.<sup>576</sup> Der Zorn des Drohenden schließt die Ernstlichkeit einer gefährlichen Drohung nicht aus.<sup>577</sup>

Bisher hat die Judikatur als **gefährliche Drohung** anerkannt:

- die Drohung mit einer Strafanzeige (auch gegenüber einem Strafunmündigen)<sup>578</sup>;
- die Drohung mit der Veröffentlichung, etwa der Homosexualität<sup>579</sup>, eines Ehebruchs<sup>580</sup> oder von Nacktfotos<sup>581</sup>;
- die Drohung des Diebes, die weggenommene Sache nicht herauszugeben<sup>582</sup>;
- die Drohung mit Selbstmord<sup>583</sup>.

Keine gefährliche Drohung ist nach der Judikatur die Drohung mit bloßen Misshandlungen.<sup>584</sup> Die Erzwingung einer Leistung, auf die der Drohende ein Recht hat, ist weder Erpressung noch Nötigung, wenn das angedrohte Übel im Zusammenhang mit der zu erzwingenden Leistung steht und nicht sittenwidrig ist.<sup>585</sup> Bei der Nötigung wird *„der das Tatopfer erniedrigende Zwang, eine seinen eigenen Intentionen widersprechende und jenen des Täters submittierende Willensentscheidung treffen zu müssen“*<sup>586</sup> pönalisiert. IZm dem Gewaltbegriff der Raubdelikte judiziert der OGH, dass die *„aufgewendete physische Kraft [...] nicht unwiderstehlich oder jener des Opfers überlegen sein oder eine tatsächliche Wirkung zeitigen [muss]. Es reicht, dass diese Krafteinwirkung geeignet ist, die freie Willensbetätigung des Opfers durch diese*

---

576 *Fabrizyl/Foregger*, Kommentar Strafgesetzbuch<sup>9</sup> (2006) § 74 Rz 12.

577 OGH 13.12.2005, 11 Os 119/05t.

578 OGH 12.9.1980, 9 Os 64/80 = JBI 1981, 384.

579 OGH 26.1.1984, 13 Os 214/83 = EvBI 1984/143 = SSt 55/3.

580 LSK 1999/122 = JUS 6/2636.

581 EvBI 1976/147.

582 OGH 6.3.2007, 11 Os 3/07m.

583 OGH 17.12.2007, 15 Os 148/07i.

584 EvBI 1982/11.

585 OGH 23.5.1969, 10 Os 59/69.

586 OGH 5.9.1989, 15 Os 69/89.



*Einwirkung umzulenken oder fremdzusteuern.*<sup>587</sup> Die Fähigkeit zur Willensbildung und -betätigung muss nicht vollkommen genommen sein.<sup>588</sup>

### 6.1.3.3. Der Zwang im Zivilrecht: ungerechte und begründete Furcht

Im Zivilrecht sind die Folgen erzwungener Willenserklärungen in den §§ 565 und 869 ff ABGB geregelt. Es ist zwar nicht von Zwang die Rede, aber von „*ungerechter und begründeter Furcht*“ (§ 870 ABGB). Der Zusammenhang zwischen Zwang und Furcht besteht darin, dass die Zwangsfälle der vis compulsiva oft auf der Furcht des Gezwungenen basieren. Bemerkenswerterweise unterscheidet der OGH zwischen erlaubten und unerlaubten Zwangsmitteln: die Klagsdrohung ist regelmäßig erlaubt<sup>589</sup>, wird aber dennoch als Zwangsmittel bezeichnet.

Eine Zwangslage (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB)<sup>590</sup> ist nur dann rechtlich bedeutsam, wenn sie so weit geht, dass der Gezwungene nicht mehr in der Lage ist, die Folgen seiner Handlungen einzusehen und daher gemäß § 21 ABGB unter dem besonderen Schutz der Gesetze steht.<sup>591</sup>

List und ungerechte Furcht (§ 870 ABGB) sind keine deliktischen Handlungen, dh sie begründen keine Schadenersatzpflicht sondern stellen Mängel der Willenserklärung dar<sup>592</sup> und belasten diese mit Anfechtbarkeit. Drohungen, die gemäß § 877 ABGB zur Anfechtung berechtigen müssen „*Ursache, zumindest Mitursache für die Willenserklärung des Bedrohten sein [und] die dadurch veranlaßte Furcht des Bedrohten begründet sein*“<sup>593</sup>. Es wird also auf die **Kausalität** des Zwangselementes abgestellt. Zwang der nicht ursächlich für die Abgabe der Willenserklärung war, beeinträchtigt somit nicht deren Gültigkeit. Der OGH<sup>594</sup> unterscheidet verschiedene Ausprägungen des rechtswidrigen Zwangs iSd § 870 ABGB und zwar:

1. das angedrohte Übel – also das Mittel zur Determinierung der Willensrichtung –

---

587 OGH 27.9.2007, 12 Os 101/07f.

588 OGH 5.5.1970, 9 Os 15/70.

589 OGH 30.8.1961, 1 Ob 136/61.

590 Neben § 879 nehmen noch die §§ 164 (Unwirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung) und 184a (Aufhebung der Wahlkindschaft) ABGB auf den Begriff „Zwangslage“ Bezug.

591 *Dittrich/Tades*, ABGB<sup>35</sup> § 869 E 1.

592 OGH 14.9.1955, 1 Ob 297/55 = SZ 28/200.

593 OGH 30.3.1977, 1 Ob 544/77.

594 OGH 30.5.2000, 1 Ob 118/00k.

ist rechtswidrig,

2. der angestrebte Geschäftszweck ist rechtswidrig,
3. das angedrohte Übel stellt zwar ein erlaubtes Mittel dar, wird aber rechtsmissbräuchlich eingesetzt, dh nicht zur Wahrung eigener Interessen, sondern bloß zur Schädigung des Bedrohten<sup>595</sup> oder
4. das erlaubte Mittel zur Erzielung eines Zwecks ist unangemessen.

Während die ersten drei Varianten relativ leicht festgestellt werden können, ist dies bei der vierten auf Grund der erforderlichen Abwägung nur schwer möglich. Der OGH hat dazu festgehalten: *„Entscheidend für die Rechtswidrigkeit der Drohung ist, ob sie nach Treu und Glauben bzw nach der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden als ein angemessenes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks zu werten ist und ob der Drohende einen Anspruch auf die Erreichung des verfolgten Zwecks hat.“* Eine derart allgemeine Aussage ist für die Beurteilung der Angemessenheit alleine nicht ausreichend. Weiter helfen könnten die zuvor vorgestellten Möglichkeiten zur Objektivierung von Interessenabwägungen<sup>596</sup>. Bevor aber auf diese zurückgegriffen wird<sup>597</sup>, sollen noch einige der im Licht des § 870 ABGB getroffenen Abwägungen untersucht werden:

- Der Wunsch eine Liegenschaft übertragen zu bekommen begründet keinen Zwang, auch wenn es dadurch zu einer Beeinflussung des Willens gekommen ist.<sup>598</sup>
- Die Drohung mit Klage, Exekution oder Konkursantrag ist ein erlaubtes Zwangsmittel.<sup>599</sup>
- Auch die Drohung mit einer berechtigten Entlassung ist kein ungerechtfertigter Druck.<sup>600</sup>

---

<sup>595</sup> Erlaubte Mittel, durch die der Drohende seine Interessen wahrt, begründen grundsätzlich keine ungerechte Furcht iSd § 870 ABGB. *„Eine Widerrechtlichkeit der Drohung [kann sich] aber dann [er]geben, wenn durch die Zufügung [...] nicht die eigenen Interessen gewahrt werden, sondern in Wahrheit bloß mit einem Übel gedroht wird, um den anderen Teil in seinen Interessen zu verletzen“* (OGH 14.9.1955, 1 Ob 297/55).

<sup>596</sup> S oben Kap 4.6.3.3, Möglichkeiten zur Objektivierung von Interessenabwägungen 101.

<sup>597</sup> S unten Kap 6.1.4.4, Vis Compulsiva 153 mit weiteren Überlegungen.

<sup>598</sup> OGH 14.4.1988, 6 Ob 518/88.

<sup>599</sup> OGH 30.8.1961, 1 Ob 136/61.

<sup>600</sup> OGH 13.10.1999, 9 ObA 205/99h.

- Die Drohung der Gebietskrankenkasse mit einem "Kassenvertragsentzug" ist hingegen rechtswidrig, wenn damit eine objektiv unrichtige Preisvorstellung willkürlich durchgesetzt wird.<sup>601</sup>

#### 6.1.4. Das Zwangsspektrum – Unterscheidung nach der Intensität

Von der gesetzlichen Pflicht, die gegen den Willen oder ohne das Wissen des Betroffenen zum Eingriff ermächtigt auf dem einen Ende der Skala und des Selbsteingriffs als höchster Stufe der informationellen Selbstbestimmung auf dem anderen Ende des Skala, ist ein breites Spektrum an mehr oder weniger von Zwang geprägten Entscheidungs- bzw Eingriffssituationen denkbar:

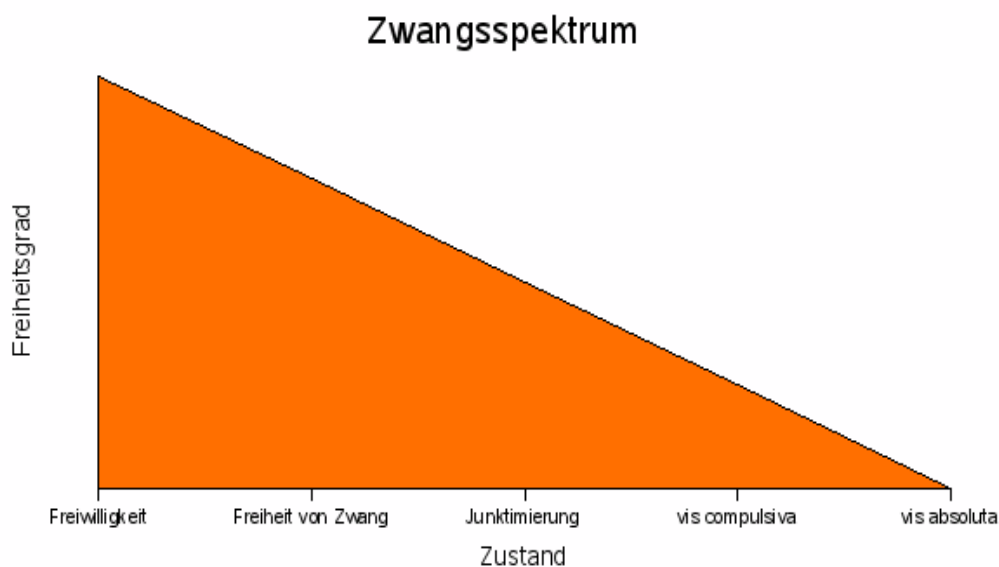


Abbildung 1: Zwangsspektrum

Dabei ist es möglich das Spektrum zu teilen, nämlich in einen zwangsfreien und in einen zwangsbehafteten Raum. Für Verständnis und Auslegung von Zustimmungserklärungen interessieren Art und Ort dieser Grenzziehung. Die konkreten Sachverhalte sind dabei diesseits oder jenseits dieser Zwangsschwelle anzuordnen und dementsprechend Grundlage für eine gültige oder ungültige Zustimmung. Weniger die Subsumption unter die einzelnen Zustände, als viel mehr die Bestimmung auf welcher Höhe zwischen Freiwilligkeit und vis absoluta die Zwangsschwelle liegt, bereitet Probleme. Fraglich ist auch ob es sich um eine scharfe Grenze handelt – alles andere hätte allerdings in einem Spektrum, das selber schon einen verlaufenden Übergang darstellt, wenig Sinn – oder

<sup>601</sup> OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w.

um eine verlaufende; außerdem ob es sich bildlich gesprochen um eine Gerade oder eine andere – womöglich nicht zusammenhängende<sup>602</sup> – Form handelt.

*Faden/Beauchamp* gehen noch einen Schritt weiter – sie zeichnen nicht nur ein Zwangsspektrum sondern ganz allgemein ein Spektrum der Einflüsse und unterscheiden Zwang, Manipulation und Überredung.<sup>603</sup>

#### 6.1.4.1. Freiwilligkeit

Im deutschen Datenschutzrecht muss die Einwilligung auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhen (§ 4a Abs 1 BDSG). Weiters ist er vom Auftraggeber gemäß § 4 Abs 3 BDSG auf die *Freiwilligkeit* seiner Angaben hinzuweisen, wenn keine gesetzliche Auskunftspflicht besteht oder „*die Erteilung der Auskunft Voraussetzung für die Gewährung von Rechtsvorteilen [ist]*“. Die Freiwilligkeit dieser – in der österreichischen Terminologie – Ermittlung hat das Landesgericht Stuttgart<sup>604</sup> für das Ausfüllen von Fragebögen verneint, wenn das Ausfüllen Voraussetzung für die Teilnahme an einer Verlosung eines hohen Geldbetrags (in diesem Fall 10.000 DM) ist. Anhand dieses Beispiels ist gut ersichtlich warum zwischen der Freiheit von Zwang und der Freiwilligkeit unterschieden werden muss: Die Bezeichnung einer Zustimmungserklärung als freiwillig<sup>605</sup> ist nicht nur ungenau, sondern könnte fälschlicherweise auch zu der Ansicht führen, dass eine Zustimmung freiwillig beispielsweise im strafrechtlichen Sinn (siehe sogleich unten) sein müsse. Die in § 4 Z 14 DSG 2000 gewählte Formulierung bezieht sich aber eben nicht auf die Freiwilligkeit, sondern auf die Freiheit von Zwang („Gebot der Zwangsfreiheit“). Es ist

---

602 Ist die Zwangsschwelle eine Gerade, so ist die Unterscheidung zwischen zwangsfreiem und zwangsbehaftetem Raum mit einer einzigen Regel beschreibbar. Je höher die Zahl der Ausnahmen allerdings ist, desto gekrümmter, unstetiger vielleicht sogar fragmentierter tritt die Abgrenzung in Erscheinung.

603 *Faden/Beauchamp*, 258: „*In our analysis, there are three main categories or forms of influence: coercion, manipulation and persuasion*“.

604 LG Stuttgart 30.8.1998, 17 O 329/98 = DuD 1999, 294.

605 Vgl etwa den Beitrag der Arge Daten über die Aufbewahrungsdauer von Zustimmungserklärungen unter [http://www2.argedaten.at/php/cms\\_monitor.php?q=PUB-TEXT-ARGEDATEN&s=80692ijtj](http://www2.argedaten.at/php/cms_monitor.php?q=PUB-TEXT-ARGEDATEN&s=80692ijtj) (18.12.2009) oder die Stellungnahme des Datenschutzrates zum Bundesgesetz, mit dem das Anti-Doping-Bundesgesetz 2007, das Arzneimittelgesetz und das Rezeptpflichtgesetz geändert werden, BKA-817.332/0002-DSR/2008 vom 7. Mai 2008 ([www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=31813](http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=31813) [3.12.2008])

daher nicht Freiwilligkeit<sup>606</sup> sondern bloß Zwangsfreiheit gefordert. Vor dem Hintergrund unterschiedlicher Freiwilligkeitsbegriffe in der österreichischen Rechtsordnung – von denen einige hier kurz erläutert werden sollen – ist es notwendig wirklich zwischen Freiwilligkeit und Zwangsfreiheit zu unterscheiden:

1. Der **strafrechtliche Begriff der Freiwilligkeit** ist eng mit dem Rücktritt vom Versuch (§ 16 StGB) und der tätigen Reue<sup>607</sup> verknüpft; wenn der Täter die Ausführung freiwillig aufgibt, den Erfolg abwendet („Rücktritt vom Versuch“) oder die schädlichen Folgen seiner Tat beseitigt („Tätige Reue“) bleibt er straffrei. Wichtig ist dabei, dass der *„Täter alle in seiner Macht stehenden Anstrengungen unternommen hat, also unter Aufbietung aller verfügbaren Kräfte und unter Einsatz aller für ihn erreichbaren Mittel die Erfolgsabwendung betrieben hat“*<sup>608</sup>. Aussichtslosigkeit schadet der Freiwilligkeit<sup>609</sup> ebenso wie Sinnlosigkeit des Unterfangens<sup>610</sup>. Nicht hingegen schadet die generelle Furcht vor Entdeckung oder Strafe: *„Freiwilligkeit ist nur im Falle autonomer Abstandnahme des Täters von einer (physisch und psychisch) noch möglichen tatplanmäßigen Deliktvollendung zu bejahen, mag die Aufgabe der Tatausführung auch auf Furcht vor Entdeckung oder Strafe beruhen.“*<sup>611</sup> Außerdem muss der Täter von sich aus tätig werden<sup>612</sup>, was für die datenschutzrechtliche Zustimmung wohl nicht zutreffen wird.
2. Im **Zivilverfahrensrecht** sind vor allem die Bestimmungen über die Mediation im Zivilrechts-Mediations-Gesetz<sup>613</sup> hervorzuheben. § 1 ZivMediatG definiert die

---

606 So aber das BKA-VD in BKA-VD 810.016/0001-V/3/2007 vom 14.5.2008, 3: *„Im Bereich der Hoheitsverwaltung kann im Hinblick auf das dieser inhärente Verhältnis von Über- und Unterordnung („imperium“) im Zweifel nicht von der Freiwilligkeit (und damit Wirksamkeit) [Anm: Hervorhebung nicht im Original] einer Zustimmung ausgegangen werden.“* An anderer Stelle wird jedoch zutreffend von der Zwangsfreiheit bzw dem Zwangsverbot gesprochen (BKA-VD 810.016/0001-V/3/2007 vom 14.5.2008, 2 f).

607 Vgl §§ 34, 102, 126c 151, 165a, 168b, 175, 183b, 226 f, 229 ff, 240, 241d, 241g, 243, 245, 247, 271 ff, 277 ff, 292b, 294 und 296 ff StGB.

608 OGH 14.10.2009, 15 Os 125/09k.

609 OGH 12.9.2006, 14 Os 78/06m.

610 OGH 24.1.1995, 13 Os 181/94.

611 OGH 28.6.1994, 11 Os 67/94.

612 OGH 28.3.2006, 11 Os 2/06p.

613 Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG), BGBl I Nr 2003/29.

*„Mediation [als] eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit“.* Nach den Materialien<sup>614</sup> ist die Freiwilligkeit ein wesentliches Merkmal der Mediation. *„Keine Partei kann ohne oder gar gegen ihren Willen in diesen spezifischen Konfliktlösungsprozess einbezogen werden (siehe OGH 15.7.1997, 1 Ob 161/97a). Keine Durchbrechung dieses Freiwilligkeitsprinzips bedeutet es etwa, wenn eine Mediation vom Richter empfohlen wird und das Gericht zu diesem Zweck mit dem Verfahren innehält. Aus dem Grundsatz der Freiwilligkeit folgt auch, dass es für eine Partei keinerlei (negativen) Einfluss auf ihre Rechtsstellung haben darf, wenn sie die Mediation ablehnt.“*

Weiters wird bei der freiwilligen Feilbietung (§§ 191, 194 f, 198, 207 sowie Art XII § 1 Außerstreitgesetz), der Freiwilligkeit bei der Beweisaufnahme durch ausländische Gerichte (§ 39a<sup>615</sup> Jurisdiktionsnorm<sup>616</sup>) sowie der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 41 f JN) auf die Freiwilligkeit Bezug genommen.

3. Im **Familienrecht** findet sich etwa in § 6 Fortpflanzungsmedizingesetz<sup>617</sup> eine detaillierte Bestimmung zur Freiwilligkeit. Demnach muss die Mitwirkung an medizinisch unterstützter Fortpflanzung freiwillig von im Gesundheitsbereich tätigen Personen erbracht werden. Diese sind zur Mitwirkung weder verpflichtet (§ 6 Abs 1 FMedG) noch dürfen ihnen weder aus Teilnahme noch aus Verweigerung der Teilnahme Nachteile erwachsen (§ 6 Abs 2 FMedG). Die Garantie der Freiwilligkeit erfolgt hier also auf zwei Ebenen: erstens wird klargestellt, dass keine Pflicht – weder zur Handlung noch zur Unterlassung – besteht; zweitens wird die (aktive) Benachteiligung sowohl der Teilnahme als auch der Weigerung verboten.

Freiwilligkeit bezieht sich auf die Innensicht während hingegen die Freiheit von Zwang sich auf die Außensicht bezieht.

---

614 ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 10.

615 Vgl Art 17 Verordnung (EG) Nr 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, ABI Nr L 174 vom 27.06.2001, S 1.

616 Jurisdiktionsnorm (JN), RGBI Nr 1985/111.

617 Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG), BGBl Nr 275/1992.

#### 6.1.4.2. Zwangsfreiheit

Außerhalb des Betroffenen gelegene Motive<sup>618</sup> sind zulässig und stellen erst Zwang dar, wenn die Einflussnahme auf den Entscheidungsträger eine bestimmte Schwelle („Zangsschwelle“) überschreitet. Es wird noch zu diskutieren sein<sup>619</sup>, ob nur Verschlechterungen der Entscheidungssituation Zwang darstellen oder auch Verbesserungen.

Die Frage nach der Zwangsfreiheit einer abgegebenen Willenserklärung ist immer auch eine Frage danach, welche Nachteile die Rechtsordnung noch als erträglich erachtet. Anders ausgedrückt: Welche Nachteile, die mit Verweigerung der Zustimmung eintreten, sind noch kein Zwang und daher vom Einzelnen zu ertragen – welche allerdings schon und müssen daher ex lege nicht mehr erduldet werden? Ein ähnliches Problem gibt es im Zusammenhang mit den Rechtsfragen zum Notstand im (Verwaltungs)Strafrecht. Nach Ansicht des OGH liegt Notstand<sup>620</sup> *„vor, wenn die [...] Übertretung zur Abwendung einer dem Täter unmittelbar drohenden Gefahr begangen wird, die so groß ist, daß sich der Täter in unwiderstehlichem Zwang befindet, eher die in Betracht kommende Vorschrift zu übertreten, als das unmittelbar drohende Übel über sich ergehen zu lassen“*<sup>621</sup>. Sofort drängt sich die Frage auf, wie groß denn der Unterschied zwischen dem zu erwartenden unmittelbar drohenden Übel und dem durch die Übertretung

---

618 So genannte extrinsische Motivation, vgl zu diesem Begriff etwa *Schroer*, Wikipedia: Auslösende und aufrechterhaltende Faktoren der freiwilligen Mitarbeit an einem Web-2.0-Projekt, 16 ff. *Schroer* unterscheidet die intrinsische Motivation als die tätigkeitszentrierte von der extrinsischen als der zweckzentrierten Motivation. *Schroer*, Mitarbeit 19 ff behandelt in seiner Arbeit über die *freiwillige* Mitarbeit auch extrinsische Motivation und geht somit implizit davon aus, dass die Motivation von außen nicht – zumindest nicht per se – die Freiwilligkeit beeinträchtigt.

619 Vgl oben Kap 6.1.2, Arten des Zwangs – Unterscheidung nach der Ursache, 139 insbesondere FN Error: Reference source not found.

620 *»Rechtfertigender Notstand ist in Ansehung seiner Voraussetzungen und Wirkungen aus verschiedenen Normen des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts im Weg der Rechtsanalogie erschließbar und wird deshalb herkömmlicherweise als „übergesetzlich“ bezeichnet; er ist auch zugunsten Dritter zulässig«* (OGH vom 20.03.1990, 15 Os 41/89). *„Entschuldigender Notstand ist ein Schuldausschließungsgrund unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens, der (gleich dem im StGB nicht ausdrücklich geregelten sogenannten rechtfertigenden Notstand) stets voraussetzt, daß das Rettungsmittel – bezogen auf die obersten Prinzipien und Wertbegriffe der Rechtsordnung – nicht unangemessen ist“* (OGH vom 16.09.1986, 11 Os 58/86).

In 12 Os 86/87 vom 3.9.1987 hat der OGH den Notstand als *Zwangslage* bezeichnet.

621 OGH vom 24.06.1997, 1 Ob 16/97b.

entstehenden Schaden sein müsse? Umgelegt auf das Datenschutzrecht ist also zu fragen welche Nachteile der Betroffene bei einer immer noch „freiwilliger“ Zustimmung ertragen muss. Hier ist von einem sehr geringen Toleranzbereich auszugehen<sup>622</sup>.

Erwähnt werden sollte auch, dass eine erzwungene Zustimmung selbst durch ein im Endeffekt zufriedenstellendes Resultat nicht gerechtfertigt werden kann. Dies gilt allerdings nur für die Fälle, in denen keine überwiegenden berechtigten Interessen bestehen, denn hier ist die Einholung der Zustimmung von vornherein nicht notwendig, sodass deren Ungültigkeit keinen Einfluss auf die sowieso schon zulässige Datenverwendung haben kann.

Nehmen wir den Fall an, dass ein überwiegendes berechtigtes Interesse an einem Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz besteht. Sogar überhartes Erzwingen einer Zustimmung – beispielsweise durch Androhung körperlicher Züchtigung – hat auf die grundsätzlich bestehende Interessenlage, nämlich dass der Eingriff legitimiert ist, keine Auswirkung. Sanktionen für die Androhung körperlicher Züchtigung können sich aus anderen Normen, wie etwa dem Strafrecht ergeben, nicht jedoch aus den Eingriffsermächtigungen des § 1 Abs 2 DSG 2000.

Die Gleichsetzung von Freiheit mit der Abwesenheit von Zwang (status negativus) ist nicht nur unter Philosophen<sup>623</sup> eine verbreitete Ansicht, sondern auch dem § 4 Z 14 DSG 2000 zu Grunde gelegt.

#### 6.1.4.3. Motivation

Motivation<sup>624</sup> als Einflussnahme auf den Willen einer Person, unterscheidet sich von Zwang dadurch, dass die Entscheidungssituation<sup>625</sup>, dh die Summe aller Handlungsmöglichkeiten, die einer Person offen stehen, nicht verschlechtert sondern verbessert

---

622 Vgl die Anfragebeantwortung 4644/AB 23. GP des Bundeskanzlers [www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/AB/AB\\_04644/fname\\_131271.pdf](http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIII/AB/AB_04644/fname_131271.pdf) (3.12.2008), in der die Eintragung in eine „schwarze Liste“ als nicht freiwillig angesehen wurde.

623 Vgl *Leibniz*, Philosophische Werke, 497: „Daher kam ich der Meinung derer nahe, es sei für die Freiheit genug, daß das Geschehen dem Zwange nicht unterworfen ist, wenngleich es der Notwendigkeit untersteht“, *Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat, 293: „Die Formel, Freiheit gleich Abwesenheit von Zwang [ist] auch richtig“ oder *Schlick*, Ethik 110: „Freiheit bedeutet ja den Gegensatz zum Zwang, der Mensch ist frei, wenn er nicht gezwungen handelt“.

624 Meistens bezieht sich dieser Begriff darauf eine Person zu einer Handlung zu bewegen.

625 Zur Entscheidungssituation siehe oben Kap 6.1.1.1, Die Entscheidungssituation 138.



wird. Es kommt tatsächlich darauf an, dass in einer Betrachtung über alle Handlungsmöglichkeiten zusammen eine Verbesserung eingetreten ist. Eine Veränderung einzelner Handlungsmöglichkeiten, die in Summe weder zu einer Verschlechterung noch Verbesserung für die Person, die sich zu entscheiden hat, führen, stellen jedenfalls Zwang dar, da zumindest eine Handlungsmöglichkeit verschlechtert werden musste. Ansonsten wäre es nicht möglich, dass sich die Entscheidungssituation nicht geändert hat.

Bestehen beispielsweise drei Handlungsmöglichkeiten X, Y und Z, wobei alle den Wert 100 haben, so sind drei Szenarien denkbar:

1. Verschlechterung einer Handlungsmöglichkeit, zB Minderung des Wertes von X um 20: dies führt insgesamt zu einer Verschlechterung der Entscheidungssituation und stellt somit Zwang grundsätzlich dar.
2. Änderung von Handlungsmöglichkeiten, zB Minderung des Wertes von X um 20 und Erhöhung des Wertes von Y um 20: insgesamt ändert sich die Entscheidungssituation nicht, allerdings wurde eine Handlungsmöglichkeit negativ beeinflusst, nämlich X. Deshalb ist auch diese Variante, in der es in der Gesamtbetrachtung aller Handlungsmöglichkeiten zu keiner Änderung, zwangsbehaftet.
3. Verbesserung einer Handlungsmöglichkeit, zB Steigerung des Wertes von X um 20: in diesem Fall ist es nicht nur zu einer Verbesserung der Entscheidungssituation gekommen, sondern auch zu keiner Verschlechterung auch nur einer Handlungsmöglichkeit. Solche Fälle sollen als Fälle der Motivation bezeichnet werden.

Fraglich ist ob auch Motivation unter bestimmten Umständen problematisch in Bezug auf die Freiheit der Willensentscheidung sein kann. Es sind grundsätzlich zwei Fälle denkbar:

1. Die **Verbesserung** der Entscheidungssituation **ist so gravierend**, dass eine andere Entscheidung als die dann letztendlich getroffene „gar nicht mehr möglich“ war. Hier wird von manchen die Meinung<sup>626</sup> vertreten, dass auch Zwang

---

626 Ähnlich *Simitis* in *Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz*, § 4a Rz 11, wenn er von der Kommerzialisierung der Einwilligung spricht. Es ist *Simitis* zwar zuzustimmen, dass die Einwilligung gegen Entgelt, mehr und mehr dazu dient die informationelle Selbstbestimmung zu unterminieren, statt sie zu garantieren. Doch muss hier auf die Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen hingewiesen werden. Wenn die Einwilligung nur noch eine Frage des Preises ist (*Simitis* in

vorläge, da in Wahrheit die anderen Entscheidungsoptionen nicht mehr offen stünden. Dem ist klar entgegenzutreten, da Verbesserungen jeglicher Art – als gewünschte Phänomene – nicht rechtswidrig sind.

2. Die Verbesserung der Entscheidungssituation ist **objektiv gar keine Verbesserung**, sondern wird nur vom Entscheidenden als solche gesehen. Die Kernfrage ist in diesem Fall ob die Verbesserung aus subjektiver oder objektiver Sicht als solche beurteilt werden muss. Die Antwort kann in diesem Fall nur auf die objektive Sicht lauten<sup>627</sup>, denn andernfalls wäre beispielsweise kein Schutz gegen Manipulation gewährt. Wenn nämlich dem Entscheidenden die Verbesserung „eingeredet wird“, liegt sie zwar subjektiv, nicht aber objektiv vor.

Motivierende Einflussnahmen fallen deshalb nicht unter den Zwangsbegriff des § 4 Z 14 DSG 2000, da dem DSG 2000 kein erziehender, sondern nur ein schützender Zweck unterstellt werden kann und darf. Ein anderes Argument, außer der Erziehung der Bürger zu einem höheren Grundrechtsbewusstsein, könnte wohl nicht hinter einem allfälligen Verbot motivierender Einflussnahmen stehen, da in diesen Fällen nicht mit einer Schlechterstellung der entscheidenden Person zu rechnen ist, somit kein Anwendungsfall eines Schutzzwecks gegeben sein kann. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass Motivation und somit kein Zwang vorliegt, wenn

1. alle entscheidungsrelevanten Faktoren (Entscheidungssituation) bei der Beurteilung herangezogen wurden,
2. keine einzige Handlungsmöglichkeit verschlechtert worden ist und
3. die Verbesserung muss objektiv nachprüfbar ist.

#### 6.1.4.4. Vis Compulsiva

Neben den eindeutigen – weil offensichtlichen – Zwangsfällen (*vis absoluta*<sup>628</sup>) besteht

---

*Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz*, § 4a Rz 10), hat der Betroffene dem Selbstbestimmungsrecht entweder keinen Wert beigemessen oder diesen nicht erkannt. So oder so ist die Entscheidung einzig und allein ihm zuzurechnen, sodass in diesen Fällen, immer von einer *gültigen, insbesondere ohne Zwang abgegebenen Zustimmung* ausgegangen werden muss.

627 Ähnlich gelagert ist die Frage ob die gefährliche Drohung im Strafrecht objektiv begründet sein muss oder nicht. Nach hL ist auch in diesem Fall ein objektiver Maßstab anzulegen (*Fabrizy/Foregger*, § 74 Rz 12a).

628 *Vis absoluta* [*lat. absolute Gewalt*] wird auch als willensbrechende Gewalt bezeichnet und bezeichnet Umstände in denen dem Gezwungenen die freie Willensbetätigung absolut, dh körperlich, unmöglich gemacht wird (vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Vis\\_absoluta](http://de.wikipedia.org/wiki/Vis_absoluta); *Fuchs*, Strafrecht 50). Fälle der *vis*

ein weites Feld an Beeinflussungen der Willensbildung, die noch nicht oder nicht eindeutig die Schwelle des Zwangs erreichen. Das führt zur äußerst schwierigen Frage wo Zwang beginnt und wo eine zulässige Beeinflussung des Willens aufhört. Während Einflussnahmen, die die Entscheidungssituation für den Willensbildenden verbessern, keine Form von Zwang darstellen, ist bei neutralen oder negativen Beeinflussungen die Frage nach dem Zwang nicht so leicht zu beantworten, da es ua auch auf die Intensität der negativen Beeinflussung ankommt, ob Zwang vorliegt oder nicht.

Vis compulsiva [lat. zwingende Gewalt] ist die „willensbeugende“ Gewalt. Der Gezwungene wird also nicht direkt durch Gewaltanwendung von einem Verhalten abgehalten, sondern durch ein Verhalten des Zwingenden so beeinflusst, dass jener zu einem bestimmten Verhalten veranlasst oder von einem bestimmten abgehalten wird.<sup>629</sup> Unter vis compulsiva sind alle Situationen zu verstehen, in denen die Entscheidungssituation des Betroffenen in einer Gesamtsicht verschlechtert und daher die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird. Unabhängig wie diese Situationen genannt werden (zB Zwangslage, Kompromiss, Junktimierung, Bedingung, Voraussetzung, Auflage oder Drohung) geht es immer um das Verhältnis der Nachteile die mit der Datenverwendung verbunden sind zu den Nachteilen, die mit der Weigerung der Datenverwendung zuzustimmen verbunden sind.

Die Feststellung der vis compulsiva ist mitunter schwerer als in den Fällen der meistens offensichtlichen vis absoluta, da es sich bei der vis compulsiva um eine tatsächliche Verschlechterung bzw Androhung einer Verschlechterung handelt und hier nun zu beurteilen ist, wie gravierend die Verschlechterung sein muss, um von vis compulsiva sprechen zu können. Beim zivilrechtlichen Zwangsbegriff<sup>630</sup> wurde als unzulässiger Zwang festgestellt wenn entweder das angedrohte Übel oder der angestrebte Geschäftszweck rechtswidrig waren oder das angedrohte Übel zwar erlaubt im konkreten Fall aber rechtsmissbräuchlich eingesetzt wurde oder *das erlaubte Mittel zur Erzielung des Zwecks unangemessen* war.

Die Prüfung der Angemessenheit läuft auf einen Vergleich zweier oder mehrerer Größen hinaus. Zuallererst muss hier also überlegt werden, welche Größen überhaupt

---

absoluta sind beispielsweise Fesseln, Stoßen und Führen der Hand, nicht aber Bedrohen mit einer Waffe.

629 Vgl [http://de.wikipedia.org/Vis\\_compulsiva](http://de.wikipedia.org/Vis_compulsiva); Fuchs, Strafrecht 50.

630 S oben Kap 6.1.3.3, Der Zwang im Zivilrecht: ungerechte und begründete Furcht 144.

miteinander verglichen werden sollen. Der OGH hat bei seiner Zwangsdefinition *das erlaubte Mittel* und *den angestrebten Zweck* zueinander in Relation gesetzt. Umgelegt auf Datenschutzterminologie wird also das Interesse des Betroffenen an der Vermeidung der Datenverwendung – dies entspricht *dem angestrebten Zweck* – dem Interesse des Betroffenen, dass die angedrohte Sanktion – dies entspricht *dem erlaubten Mittel* – nicht angewandt wird, gegenübergestellt. Schwierig ist dabei allerdings die Feststellung ab welchem Verhältnis des Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz zu den angedrohten negativen Konsequenzen ein Missverhältnis, dh Zwang iSd § 4 Z 14 DSG 2000 vorliegt. Das Auffinden einer nachvollziehbaren Zahl für das Missverhältnis bereitet einige Probleme, will man nicht auf ein willkürliches Verhältnis abstellen. Abhilfe könnte hier Rückgriff auf die *laesio enormis* (§ 932 ABGB) schaffen. Diese Bestimmung ermöglicht die gerichtliche<sup>631</sup> Anfechtung von Verträgen bei denen ein grobes Missverhältnis besteht. Das Gesetz legt dieses grobe Missverhältnis mit eins zu zwei fest. Wenn also der gemeine Wert einer Leistung nicht einmal die Hälfte des gemeinen Wertes der anderen Leistung ist, steht dieses Gestaltungsrecht<sup>632</sup> zu.

Die „*[w]irtschaftliche Gleichwertigkeit der Leistungen ist bei einem zweiseitigen Vertrag keine Voraussetzung seiner Gültigkeit, außer es liegt ein Ausbeutungstatbestand vor.*“<sup>633</sup>

Ein solcher ist § 934 ABGB. Auch wenn diese Bestimmung nicht direkt auf Willenserklärungen angewandt werden kann, da es sich nicht um einen zweiseitig verbindlichen Vertrag handelt, darf die Wertung des Gesetzgebers, dass die Verkürzung über die Hälfte – wie die *laesio enormis* zu Deutsch genannt wird – ein grobes Missverhältnis darstellt, nicht übersehen werden.

Zur Bewertung der beiden Situationen ist der zu erwartende Unwert mit der voraussichtlichen Eintrittswahrscheinlichkeit anzusetzen. Zusammenfassend gilt für zwangsfreie Bedingungen/Auflagen:

[Unwert der Datenverwendung für den Betroffene] x [Wahrscheinlichkeit dieses Unwerts] x 2 < [Unwert der Sanktion] x [Wahrscheinlichkeit der Sanktion]

#### 6.1.4.5. Vis absoluta

Während im Bereich des körperlichen Zwangs ausreichende Regelungen vor allem im

---

631 *Reischauer in Rummeß*, § 934 Rz 7.

632 *Reischauer in Rummeß*, § 934 Rz 7.

633 OGH 21.10.1953, 1 Ob 803/53.

Strafrecht<sup>634</sup> bestehen, ist die Erkennung der Rechtswidrigkeit von psychischem Zwang bedeutend schwieriger, da die Entscheidungssituation – wenn auch verändert – bestehen bleibt.

Zusammenfassend liegt Zwang vor, wenn

- ein Handlungsvorsatz<sup>635</sup> gerichtet auf die Handlung die erzwungen werden soll, besteht,
- der Zwingende auf den Gezwungenen einwirkt oder im Fall einer Position des Stärkeren dem Gezwungenen nicht die Selbstbeschränkung nachweist (zB allein schon das Verlangen der Unterschrift in Kombination mit der starken Stellung als Arbeitgeber....) und
- dadurch die Entscheidungssituation des Gezwungenen tatsächlich so verändert wird, dass eine andere als die aufgezwungene Option nicht mehr möglich oder nicht mehr vorteilhaft (Verhältnis der *laesio enormis* als Richtschnur) ist.

## **6.2. Willenserklärung des Betroffenen**

Nach zutreffender Ansicht der DSK<sup>636</sup> sind für Zustimmungserklärungen gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 auch „*die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, also insbesondere des ABGB und des KSchG – soweit dieses nach seinem § 1 Abs. 1 anwendbar ist* –“ anzuwenden.

---

634 Vgl insbesondere die §§ 105 (*Nötigung*), 106 (*Schwere Nötigung*), 142 (*Raub*), 144 (*Erpressung*), 145 (*Schwere Erpressung*), 201 (*Vergewaltigung*), 202 (*Geschlechtliche Nötigung*), 217 (*Grenzüberschreitender Prostitutionshandel*), 249 (*Gewalt und gefährliche Drohung gegen den Bundespräsidenten*), 250 (*Nötigung eines verfassungsmäßigen Vertretungskörpers, einer Regierung, des Verfassungsgerichtshofs, des Verwaltungsgerichtshofs oder des Obersten Gerichtshofs*), 251 (*Nötigung von Mitgliedern eines verfassungsmäßigen Vertretungskörpers, einer Regierung, des Verfassungsgerichtshofs, des Verwaltungsgerichtshofs oder des Obersten Gerichtshofs oder des Präsidenten oder Vizepräsidenten des Rechnungshofs*), 262 (*Wahlbehinderung*), 267 (*Verhinderung einer Wahl oder Volksabstimmung*), und 269 StGB (*Widerstand gegen die Staatsgewalt*).

635 Es soll keinen fahrlässigen Zwang geben, da ansonsten die Selbstbestimmung bzw Handlungsfreiheit des potentiell Zwingenden – dies kann jeder sein – zu stark eingeschränkt würde. Dass die Verschlechterung der Entscheidungssituation nicht absichtlich erfolgte, hat der „Zwingende“ zu behaupten und zu beweisen, da er als Anfechtungsgegner ein Interesse am Fortbestehen der Zustimmungserklärung hat.

636 Empfehlung der DSK vom 14.2.2006, K211.634/0004-DSK/2006.

Die österreichische Zivilrechtslehre behandelt menschliche Äußerungen und Handlungen unterschiedlich je nachdem, ob sie auf die Mitteilung von Wissen oder Willen abstellen und ob damit rechtliche Folgen verknüpft sein sollen oder nicht.

	<b>Kundgabe bezweckt</b>	<b>Kundgabe nicht bezweckt</b>
<b>Wille als Inhalt</b>	Willenserklärung <sup>637/</sup> Willensmitteilung <sup>638</sup>	Willensbetätigung <sup>639</sup>
<b>Wissen oder Handeln als Inhalt</b>	Wissenserklärung <sup>640</sup>	Realakt <sup>641</sup>

Tabelle 3: Zivilrechtliche Einteilung menschlicher Äußerungen und Handlungen

Europarechtlich ist nicht von der Willenserklärung sondern von der Willensbekundung [engl: *indication of wishes*, franz: *manifestation de volonté*] die Rede. Da es um die Bekundung, dh die Erklärung, das Zeigen, Deutlichmachen oder zum Ausdruck bringen des Willens geht, können von der europarechtlichen Formulierung jedenfalls die Willenserklärung und die Willensmitteilung iSd nationalen Zivilrechtsdogmatik umfasst sein. Damit sind Willensbetätigungen und Realakte keinesfalls als Zustimmungen iSd § 4 Z 14 DSG 2000 anzusehen, was aber nicht ihre Deutung als Zustimmungen iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 ausschließt.

### 6.2.1. Konkludenz von Zustimmungen

Die Zulässigkeit konkludenter Zustimmungen führt zweifellos zur vereinfachten Einholbarkeit von Zustimmungen in der Praxis. Damit stellt sich aber auch die Frage ob andere Erleichterungen bei der Einholung von Zustimmungserklärungen, wie etwa Globalzustimmungen oder Widerspruchsobliegenheiten, auch zulässig sind und die von

637 Die Willenserklärung ist eine auf Rechtsfolgen gerichtete Äußerung menschlichen Willens.

638 Nach *Koziol/Welser*, Grundriss I<sup>12</sup> 85 ist die Willensmitteilung zwar eine „Willenserklärung“ aber nicht auf Rechtsfolgen, sonder bloß auf Tatsächliches gerichtet.

639 Die Willensbetätigung – auch als Willensgeschäft bezeichnet – „*ist genauso wie die Willenserklärung auf einen rechtsgeschäftlichen Erfolg gerichtet [... hat aber a]nders als die Willenserklärung [...] keinen Kundgabebezweck*“ (*Koziol/Welser*, Grundriss I<sup>12</sup> 84).

640 Die Wissenserklärung – auch Vorstellungsmitteilung genannt – „*enthält keine Willensäußerung, sondern bloß eine Nachricht über Tatsachen*“ (*Koziol/Welser*, Grundriss I<sup>12</sup> 85).

641 „*Realakte sind nicht dazu bestimmt, einem anderen etwas kundzutun. In ihnen drückt sich ein rein faktischer Wille aus, der allerdings Rechtsfolgen auslöst*“ (*Resch*, Einwilligung 30).

der Judikatur entwickelten Anforderungen an die Bestimmtheit<sup>642</sup> nicht überholt sind?

Dazu ist festzuhalten, dass sich die Frage der Zulässigkeit der Konkludenz auf die Willenserklärung des Betroffenen mit der er der Verwendung seiner Daten zustimmt, bezieht, während die Anforderungen an die Bestimmtheit bzw des „In-Kennntnis-Setzens“ hingegen eine Pflicht des Auftraggebers darstellt. Somit sind weder die von der Judikatur entwickelten Anforderungen an die Bestimmtheit noch der Ausschluss von Globalzustimmungen von der Zulässigkeit der Konkludenz, die ja nur für die Willenserklärung des Betroffenen gilt, berührt.

#### 6.2.1.1. Diskussionsstand in Deutschland

*Brühann*<sup>643</sup> sieht auf Grund des Erfordernisses einer Willensbekundung in Art 2 lit h der DS-RL eine konkludente Einwilligung nicht als ausreichend an.

Abgelehnt werden in Deutschland zudem „Opt-Out“-Lösungen etwa von *Conrad*<sup>644</sup> sowie der *Verbraucherzentrale Bundesverband*<sup>645</sup>. Nach Ansicht der *Verbraucherzentrale Bundesverband* setzt die „freiwillige Einwilligung zur Datenverarbeitung eine aktive Handlung der Betroffenen“ voraus.<sup>646</sup>

#### 6.2.1.2. Diskussionsstand in Österreich

Die Ausdrücklichkeit von Zustimmungen ist im Allgemeinen keine Wirksamkeitsvoraussetzung, da sie weder in § 4 Z 14 DSG 2000 noch in § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 erwähnt wird. Wirksamkeitsvoraussetzung ist sie auf Grund des § 9 Z 6 DSG 2000 nur bei der Verwendung sensibler Daten.

*Dohr/Pollirer/Weiss*<sup>647</sup>, *Drobesch/Grosinger*<sup>648</sup>, *Duschanek*<sup>649</sup> und *Knyrim*<sup>650</sup> gehen von

---

642 Siehe dazu unten Kap 6.2.2, Zulässigkeit von Widerspruchslobliegenheiten 161.

643 *Brühann* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union<sup>2</sup>, Bd II, A 30 Art 2 Rz 27; *ders*, DuD 1966, (66) 69.

644 *Conrad*, DuD 2006, 407.

645 Die Verbraucherzentrale Bundesverband führt einen Rechtsstreit gegen payback:

646 *Verbraucherzentrale Bundesverband*, Modernisierung des Datenschutzes aus Sicht des Verbraucherschutzes, DuD 2007, 271 (272).

647 *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzrecht 23.

648 *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz 125.

649 *Duschanek* in *Korinek/Holoubek*, Rz 27.

650 *Knyrim*, Datenschutzrecht – Leitfaden für richtiges Registrieren, Verarbeiten, Übermitteln,

der Zulässigkeit konkludenter Zustimmungserklärungen bei Verwendung nicht-sensibler Daten aus. Kryptisch zu diesem Thema geben sich *Duschaneck/Rosenmayer-Klemenz*<sup>651</sup> wenn sie einerseits meinen, dass „*konkludente 'Zustimmung'[en] jedenfalls der Ausnahmefall bleiben*“ (Argument für die Zulässigkeit) und im nächsten Satz feststellen „*Zulässig und praktisch relevant kann hingegen*<sup>652</sup> *eine Zustimmung auf elektronischem Wege werden*“ (Argument gegen die Zulässigkeit). Hinsichtlich der – nach datenschutzrechtlichen Regeln zu beurteilenden<sup>653</sup> – Zustimmung in § 107 TKG 2003 teilen *Feiell/Lehofer*<sup>654</sup> und *Vartian*<sup>655</sup> diese Ansicht.

Nach den Erläuterungen<sup>656</sup> zu § 4 Z 14 DSG 2000 müssen Zustimmungserklärungen seit dem DSG 2000 nur noch für sensible Daten **ausdrücklich** erfolgen. In jüngster Zeit hat die Datenschutzkommission § 864a ABGB zur Beurteilung von Zustimmungserklärungen herangezogen.<sup>657</sup>

Was unter „ausdrücklich“ zu verstehen ist, erläutert in Bezug auf die Entbindung vom Bankgeheimnis (§ 38 BWG) – die jedenfalls eine Zustimmung iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 darstellt – *Wilhelm*.<sup>658</sup>

Schweigen stellt jedenfalls keine Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSG 2000 dar, da dabei

---

Zustimmen, Outsourcen, Werben uvm, 148 f.

651 *Duschaneck/Rosenmayer-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, 34.

652 Hervorhebung nicht im Original.

653 Dass die Zustimmung in § 107 TKG 2003 nach datenschutzrechtlichen Regeln auszulegen ist, erkennt man erst auf Ebene des Europarechts: § 107 TKG 2003 setzt Art 13 RL 2002/58/EG um, der sich in Verbindung mit Art 2 lit f RL 2002/58/EG auf die Einwilligung gemäß Art 2 lit h RL 95/46/EG bezieht.

654 *Feiell/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 302.

655 *Vartian*, Telekommunikationsrecht, FN 489. *Vartian* geht bemerkenswerterweise davon aus, dass die Zustimmung nach § 107 Abs 2 TKG 2003 nicht jederzeit widerrufbar sei, da die jederzeitige Widerrufbarkeit nicht erwähnt sei und § 107 TKG 2003 als *lex specialis* den Bestimmungen des DSG 2000 vorgehe. Dem ist mE nicht zu folgen, da Abs 1 die Einwilligung iSd § 107 TKG 2003 definiert. Dass diese Definition in jedem Satz wiederholt wird ist ebensowenig erforderlich wie die Wiederholung der Legaldefinition der Zustimmung an allen Stellen im DSG 2000, in denen von der Zustimmung die Rede ist. Legistisch wäre eine derartige Vorgangsweise aus Gründen der textuellen Sparsamkeit auch abzulehnen.

656 ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 39.

657 DSK 14.2.2006, K211.634/0004-DSK/2006.

658 *Wilhelm*, *ecolex* 1997, 490 f.



definitionsgemäß „Willenserklärungen abzugeben“ sind. Widerspruchsobliegenheiten, wie etwa von *Riegler/Trappitsch*<sup>659</sup> vorgeschlagen, können daher nicht als Zustimmungen iSd § 4 Z 14 DSG 2000 angesehen werden. Ein derartiger aktiver Vorgang findet bei diesem „Opt-out-Ansatz“ allerdings nicht statt, da in diesen Fällen nur bereits das Unterlassen der Erklärung als Zustimmung gedeutet werden soll. Abzulehnen ist dieser Ansatz nicht nur vor dem datenschutzrechtlichen Hintergrund, sondern auch in Bezug auf die aus der Privatautonomie<sup>660</sup> erfließende Abschlussfreiheit. Diese garantiert ua die Freiheit entscheiden zu können mit wem vertragliche Bindungen eingegangen werden sollen und mit wem nicht. Diese Freiheit wäre faktisch stark beeinträchtigt müsste man sich dauernd frei erklären, dh aus potentiellen Datenverwendungsverträgen aus optieren. Da wie bereits festgestellt sowohl der verfassungsrechtliche als auch der einfachgesetzliche Zustimmungsbegriff in ihrem Kern beide auf die Autonomie des Betroffenen abstellen<sup>661</sup>, gilt das zuvor Gesagte auch für den verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff. Diese auch im „normalen“ Zivilrecht unzulässige Vorgangsweise<sup>662</sup>, wonach dem bloßen Schweigen ein Erklärungswert beigemessen werden soll, ist somit auch im Anwendungsbereich des DSG 2000 nicht zulässig. Auch aus der Zulässigkeit der stillen Annahme kann nicht geschlossen werden, dass Schweigen zulässig ist, da *„die stille Annahme neben der Annahmehandlung (Betätigung) auch einen wirklichen Annahmewillen des Oblaten voraus[setzt]“*<sup>663</sup>

### 6.2.1.3. Mit der Ausdrücklichkeit verbundene Pflichten

Ausdrücklichkeit bezieht sich – wie der Name schon sagt – auf die Verwendung von Ausdrücken. Nicht umfasst von der Ausdrücklichkeit sind hingegen Zeichen, mit denen

---

659 *Riegler/Trappitsch*, RdW 2005/356, 341.

660 Zur Absicht als notwendiges Element der Autonomie vgl *Faden/Beauchamp*, 238 bzw 241 ff.

661 S oben Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94.

662 Vgl OGH 31.3.2005, 3 Ob 248/04y, wonach *„Schweigen [...] grundsätzlich weder Annahme noch Ablehnung [ist], sondern überhaupt keine Willenserklärung.“*

663 OGH 5.9.2001, 9 ObA 77/01s: *„Die stille Annahme erfolgt durch eine nicht empfangsbedürftige Willensbetätigung und erübrigt eine dem Antragsteller zugehende ausdrückliche oder schlüssige Willenserklärung des Oblaten. Bloßes Stillschweigen gilt allerdings nicht als stille Annahme im Sinne des § 864 ABGB. Als Willensbetätigung setzt die stille Annahme neben der Annahmehandlung (Betätigung) auch einen wirklichen Annahmewillen des Oblaten voraus.“*

Worte üblicherweise nicht gebildet werden<sup>664</sup> oder gar nicht gebildet werden können. Vereinfacht gesagt, könnte man darauf abstellen ob ein Alphabet benutzt wird oder nicht. In ersterem Fall liegt Ausdrücklichkeit vor – in zweiterem nicht.

An Stelle von „ausdrücklich“ wird oft auch der Begriff „explizit“ verwendet und dem Begriff „implizit“ gegenübergestellt. Interessant ist der etymologische Aspekt der beiden Begriffe: das lateinische Verb *explicare* bedeutet ausbreiten, entrollen, entfalten, entwirren, erklären und klarlegen, *implicare* hingegen einwickeln, verwickeln, verknüpfen, verbinden aber auch hineingeraten und verwirren. Der augenscheinlichste Unterschied ist die Klarheit. Wer explizite (ausdrückliche) Kommunikation verlangt, dem ist also an Klarheit gelegen.

#### 6.2.1.4. Exkurs: Zur Zulässigkeit elektronischer Zustimmungen

Anders als in Deutschland<sup>665</sup> kommt dieser Frage in Österreich nur eine untergeordnete Rolle zu. Das liegt darin begründet, dass § 4a Abs 1 3. Satz BDSG grundsätzlich die Schriftform verlangt. Angesichts der in Österreich – mit der Einführung des DSG 2000 – wesentlich gelockerten, formellen Voraussetzungen ist es unzweifelhaft, dass die Zustimmung<sup>666</sup> auch durch Anklicken entsprechender Felder von elektronischen Formularen geschehen kann. Für die Telekom-Datenschutz-Richtlinie statuiert Erwägungsgrund 17 die Formfreiheit aber nicht Ausdrücklichkeit der Einwilligung. *Duschanek/Rosenmayer-Klemenz* gehen von der Zulässigkeit der Zustimmung durch „Klicken auf entsprechende Antwortfelder“<sup>667</sup> aus und zwar auch für sensible Daten<sup>668</sup>!

#### 6.2.2. Zulässigkeit von Widerspruchslobliegenheiten

Als **Widerspruchs- oder Opt-Out-Obliegenheiten** werden Sachverhalte bezeichnet, bei denen die Rechtsfrage ob eine Datenverwendung zulässig ist oder nicht, nicht durch das Abstellen auf überwiegende berechnigte Interessen oder eine Willenserklärung des Betroffenen gelöst werden, sondern dadurch ob ein Widerspruch des Betroffenen

---

664 Zu denken wäre hier etwa an Hieroglyphen oder Geheimzeichen.

665 Vgl. *Holzmagell/Sonntag* in *Roßnagel*, Rz 68 ff; *Schaar*, Elektronische Einwilligung in *Bäumler/Breinlinger/Schrader* (Hrsg), Datenschutz von A – Z (2000) E 390; *Schmitz/Eckhard*, CR 2006, 533.

666 Zumindest für nicht-sensible Daten.

667 *Duschanek/Rosenmayer-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, 34.

668 *Duschanek/Rosenmayer-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, 52.

vorliegt. Bei diesem Ansatz wird also vor der Datenverwendung nicht die Erklärung, dh das aktive Verhalten, des Betroffenen abgewartet, sondern mit der Datenverwendung begonnen, außer der Betroffene erhebt Widerspruch. Im Fall des Widerspruchs ist die Handlung des Betroffenen auflösende Bedingung („Zulässigkeit bis Widerspruch“), im anderen Fall aufschiebende Bedingung („Zulässigkeit erst nach Zustimmung“).

Bei Widerspruchsobliegenheiten muss der Betroffene handeln, um seine Position beizubehalten. Die Position des Auftraggebers erfährt eine stärkere Berücksichtigung, da die Gefahr der Handlungsunterlassung – egal aus welchen Gründen der Widerspruch unterlassen wird – auf den Betroffenen übergeht. Die Entscheidungssituation wird durch Widerspruchsobliegenheiten („Opt-out“) nicht notwendigerweise verschlechtert, da eine aktive Gestaltungsmöglichkeit mit einem Opt-in auch nicht gesichert ist, man denke nur an die „Zustimmungsformulare“, die dem Betroffenen auch keinen Raum für individuelle Zustimmungserklärungen lassen. Insofern stellen Widerspruchsobliegenheiten nicht zwangsweise eine Verschlechterung dar.

Dass die Duldung im Falle der Widerspruchsobliegenheit keine Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSG 2000 ist, könnte man relativ einfach aus dem Erfordernis der „Willenserklärung“ ableiten, wäre da nicht die Zulässigkeit konkludenter Willenserklärungen. § 863 Abs 1 ABGB spricht zwar davon, dass man seinen Willen *„auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.“* Abs 2 leg cit spricht davon, dass in Bezug auf die *„Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen [...] auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen“* ist. Es sind also Handlungen und Unterlassungen, somit auch Schweigen, gleichermaßen als schlüssige „Erklärungen“ zulässig. Für den Bereich des Datenschutzes soll aber an die im Zivilrecht hL angeknüpft werden, wonach Schweigen nicht als Zustimmung gilt<sup>669</sup>.

Nach *Faden/Beauchamp*<sup>670</sup> setzt Autonomie ua Intention voraus. Genau diese Intention wird aber beim unterlassenen Widerspruch als Rechtsgrundlage für den Grundrechts-

---

669 Vgl OGH 31.3.2005, 3 Ob 248/04y, wonach das *„Schweigen auf ein Vertragsanbot [...] grundsätzlich weder Annahme noch Ablehnung [ist], sondern überhaupt keine Willenserklärung“*. Siehe auch *Reimer in Jahnell/Siegwart/Fercher* 205 f.

670 Vgl oben Kap 6.2.1.2, Diskussionsstand in Österreich 158.

eingriff nicht vom Betroffenen selbst gebildet, sondern vom Auftraggeber<sup>671</sup>. Während die Zustimmung einen Akt der autonomen<sup>672</sup> Gestaltung der Rechtslage<sup>673</sup> darstellt, kommt es beim Abstellen auf den unterlassenen Widerspruch zu einer heteronomen Gestaltung der Rechtslage, da der Auftraggeber Regeln vorgibt und der Betroffenen im besten Fall nur noch reagieren kann. Datenverwendungen, die die Autonomie des Betroffenen nicht berücksichtigen, können somit nicht auf den Eingriffstatbestand „Zustimmung“ gestützt werden und bedürfen daher gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 eines zumindest<sup>674</sup> berechtigten Interesses. Sie sind also nicht schlechthin unzulässig sondern bedürfen nur einer anderen (grundrechtlichen) Grundlage.

### 6.2.3. Fingierte Zustimmungserklärungen

Bei fingierten Zustimmungserklärungen wird festgelegt, dass ein bestimmtes Verhalten eine Zustimmung zur Datenverwendung bedeuten soll. Solange dieses Verhalten auch als konkludente Zustimmung verstanden werden könnte, können darauf beruhende Eingriffe mit dem verfassungsrechtlichen Eingriffstatbestand der Zustimmung gerechtfertigt werden. Wenn es durch die Definition des Verhaltens zu einem Überschreiten der Konkludenzgrenzen kommt, ist zu unterscheiden wie diese Festlegung erfolgt. Wenn die Festlegung autonom erfolgt, etwa im Wege einer Vertragsbestimmung, dann beruhen alle relevanten Normen auf dem Willen des Betroffenen und können daher verfassungsrechtlich immer noch dem Eingriffstatbestand Zustimmung zugerechnet werden. Bei solchen **vertraglichen Zustimmungsfiktionen** muss der Auftraggeber keine überwiegenden berechtigten Interessen nachweisen. Erfolgt die Festlegung hingegen heteronom, also zB durch **gesetzliche Zustimmungsfiktionen<sup>675</sup> oder im Wege von Widerspruchsobliegenheiten**, so kann

671 Der Auftraggeber bestimmt sowohl die Umstände der Datenverwendung als auch deren Startzeitpunkt.

672 Die Autonomie ist der sowohl dem verfassungsrechtlichen als auch einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff gemeinsame Kern.

673 Der Auftraggeber bestimmt die Umstände der Datenverwendung – der Betroffene den Startzeitpunkt und uU auch Inhalt und Umfang der Zustimmungserklärung.

674 Unter den oben in Kap 4.7.3, Ermächtigungsübergreifender Ausgleich von Tatbestandsmerkmalen 116 angeführten Voraussetzungen kann vom „Überwiegen“ auf „zumindest Gleichrangigkeit“ abgegangen werden.

675 Solche Zustimmungsfiktionen sind zB in § 6 Abs 2 AMFG (Arbeitsmarktförderungsgesetz,

diese Festlegung nicht auf den verfassungsrechtlichen Eingriffstatbestand Zustimmung gestützt werden und bedarf daher des Nachweises überwiegender berechtigter oder lebenswichtiger Interessen. Egal wie die Festlegung erfolgt, der Betroffene ist über die Konsequenzen seines Verhaltens mehr oder weniger aufgeklärt und kann danach handeln. Die eigentliche Zustimmungserklärung ist daher vom verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriff gedeckt. Die Grenzen des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs stellen die Autonomievoraussetzungen dar<sup>676</sup>. Eine Umdeutung, die die Autonomievoraussetzungen verletzen würde, könnte daher nicht mehr auf den verfassungsrechtlichen Eingriffstatbestand „Zustimmung“ gestützt werden.

Der Unterschied zwischen konkludenter Zustimmung und fingierter Zustimmung besteht darin, dass bei der fingierten Zustimmung definiert wird, welches Verhalten als Zustimmung gelten soll, während bei der konkludenten Zustimmung grundsätzlich *„alle Handlungen [...], welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen“* (§ 863 ABGB) als Zustimmung gelten sollen.

#### 6.2.4. Widersprüchliche Zustimmungserklärungen

Je nachdem wie offenkundig der Widerspruch zweier oder mehrerer Zustimmungserklärungen ist, können zwei Arten widersprüchlicher Zustimmungserklärungen unterschieden werden und zwar:

1. Zustimmungserklärungen mit eindeutig widersprechendem Inhalt (zB Zustimmung 1: „Ich stimme zu, dass die Firma X meine Daten Y und Z verarbeiten darf.“ - Zustimmung 2: „Ich stimme zu, dass die Firma X ausschließlich meine Daten W verarbeiten darf.“)
2. Zustimmungserklärungen unter Verwendung unklarer Begriffen (zB Die Zustimmungserklärung lautet jeweils: „Ich stimme zu, dass Firma X meine Kundendaten verwenden darf.“ im ersten Fall sollen darunter die Angaben Name, Anschrift und Telefonnummer verstanden werden, im zweiten Fall auch die von den Kindern besuchte Schule.)

---

BGBI 1969/31): „Die Aufnahme einer offenen Stelle gilt als Zustimmung zur Weitergabe der Daten an Arbeitssuchende“ und in § 62d Abs 2 KAKuG (Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, BGBI 1957/1): „Mit dem Verlangen [der Aufnahme in das Widerspruchsregister] erfolgt die Zustimmung zur Verarbeitung der Daten“ enthalten.

676 Näher dazu oben Kap 6.2.2, Zulässigkeit von Widerspruchsobliegenheiten 161.

Grundsätzlich sind Verträge und da diese aus Willenserklärungen bestehen, auch diese nach den §§ 914 f ABGB auszulegen. Es besteht somit ein Primat der Parteienabsicht (§ 914 ABGB), gefolgt von der im Zweifel geringeren Belastung des sich einseitig Verpflichtenden (§ 915 1. HS ABGB), gefolgt von der Unklarheitenregelung für zweiseitig verbindliche Geschäfte (§ 915 2. HS ABGB).

In Fällen, in denen die abgegebenen Zustimmungen als **einseitige Willenserklärungen** anzusehen sind, weil sie zB nicht in einen Vertrag eingebettet sind, der in Summe geringste Eingriff als zugestimmt anzusehen ist. Im obigen Beispiel mit den beiden Zustimmungserklärungen würde das bedeuten, dass die zweite, die erste verdrängt.

Bei **zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften** gilt die Unklarheitenregelung des § 915 2. Halbsatz ABGB wonach eine „*undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen [auszulegen ist], der sich derselben bedient hat*“. Umgelegt auf die obigen Beispiele müsste man untersuchen, zu welchem Vertragszweck die Zustimmungen erforderlich sind (§ 914 ABGB) und dementsprechend alle Zustimmungserklärungen so zu kombinieren, dass dem Vertragszweck am besten gedient ist. Wenn also im obigen Beispiel die Verwendung der Daten W ausreicht, ist nur die zweite Zustimmungserklärung heranzuziehen. Ist es hingegen zur Wahrung der Interessen des Vertragspartners des Betroffenen notwendig auch die Daten X zu verwenden, so bezieht sich die Zustimmung sowohl auch die Daten X als auch W.

Hinsichtlich der unklaren Verwendung von Begriffen ist bei der Auslegung von Willenserklärungen auf die allgemeinen Gepflogenheiten abzustellen. Eine davon abweichende Verwendung von Begriffen, muss sich einerseits auf konkrete Anhaltspunkte stützen und andererseits vom Erklärenden bewiesen werden<sup>677</sup>.

Sollte mit diesen Methoden auch nicht das Auslangen gefunden werden, so ist zu versuchen mit den Derogationsregeln („lex-specialis“ und „lex-posterior“-Regeln) zu einem Ergebnis zu kommen. Die jüngere Zustimmung derogiert der älteren in dem Umfang, in dem sie Geltung beansprucht – ebenso wie die speziellere der allgemeineren.

### **6.3. Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall**

Die gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 erforderliche „*Kenntnis der Sachlage für den konkreten*

---

<sup>677</sup> OGH 16.1.2008, 8 Ob 26/07t.

*Fall*<sup>678</sup> hat europarechtliche Wurzeln in Art 2 lit h RL 95/46/EG. Nach einhelliger Meinung<sup>678</sup> steht dieses Erfordernis **abstrakten Zustimmungen**<sup>679</sup> entgegen.<sup>680</sup> Zustimmungserklärungen müssen daher nach hL – ähnlich wie einfachgesetzliche Eingriffsermächtigungen – ausreichend bestimmt sein, um Rechtsgrundlage für zulässige Datenverwendungen sein zu können. Allerdings wird diese Anforderung nicht erst seit dem DSG 2000 angenommen, sondern bereits zu Zeiten des DSG, wie Literatur<sup>681</sup> und ein Rundschreiben<sup>682</sup> des BKA-VD zeigen. Dies ist umso interessanter, als das DSG noch keinen Verweis auf die Information des Betroffenen enthielt.

Wie genau Zustimmungserklärungen formuliert sein müssen, hat der OGH in seiner Judikatur<sup>683</sup> herausgearbeitet. In seinem Urteil „Friends of Merkur“<sup>684</sup> hat der Oberste Gerichtshof, die mangelnde Angabe der konkreten Übermittlungsempfänger, auch wenn es sich dabei um Konzerntöchter handelt, abgelehnt.

Zuletzt<sup>685</sup> hat der Oberste Gerichtshof seine bereits bestehende Judikatur<sup>686</sup> bestätigt und erkannt, *„dass eine wirksame Zustimmung nur dann vorliegen kann, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen. Es müsse sowohl die genaue Bezeichnung der Einrichtung, die die Daten verwenden soll,*

---

678 *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz 125.

679 Abstrakte Zustimmungserklärungen werden manchmal auch als „Globalzustimmungen“ bezeichnet. Zustimmungserklärungen sind jedenfalls dann als abstrakt anzusehen, wenn etwa die Bezeichnung der Übermittlungsempfänger nicht durch eindeutige Kennzeichen, wie etwa Namen oder Firma, sondern durch Gattungsmerkmale, wie etwa die Tochterbeziehung zur ursprünglich datenverwendenden Konzernmutter, erfolgt. Umgelegt auf die Datenarten würde dies bedeuten, dass *„alle zur Kontoführung notwendigen Daten“* eine abstrakte Beschreibung wäre, wohingegen *„Name, Geburtsdatum, Kontonummer, Name und Anschrift des Arbeitgebers“* eine konkrete Angabe wäre.

680 Auf Grund der Wesengehaltsgarantie, die auch für das Grundrecht auf die *„freie Entfaltung der Persönlichkeit“* (Art 2 Abs 2 Grundgesetz) gilt, ist nach *Bleckmann*, JZ 1988, 59 ein *„Verzicht [...] vielmehr nur für Teilbereiche und nur gegenüber bestimmten Personen gestattet“*.

681 *Weiss*, Zustimmung 80 f.

682 Rundschreiben des BKA-VD über die Erfordernisse für die Zustimmung eines Betroffenen zur Datenübermittlung, 810.008/1-V/1a/85 vom 19.8.1985, abgedruckt unter *Reimer* in *Jahnel/Sieglwart/Fercher* 208 f, mittlerweile aufgehoben durch Rundschreiben BKA-810.016/0001-V/3/2007 vom 18.5.2008, 14.

683 Vgl *Reimer* in *Jahnel/Sieglwart/Fercher* 204.

684 OGH 27.1.1999, 7 Ob 170/98w.

685 OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t.

686 OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y.

*wie auch deren Aufgaben bekannt sein; der Kunde dürfe nicht über die Aufgaben dieser Einrichtung und damit darüber im Unklaren gelassen werden, von wem und zu welchem Zweck auf die Daten zurückgegriffen werde (RIS-Justiz RS0115217).*

*Die in die vorliegenden Verträge aufgenommene 'Datenschutzklausel' erfüllt die Voraussetzungen einer Zustimmung im Sinn des § 4 Z 14 DSGVO nicht. Sie bezeichnet weder das Informationsmedium 'Warnliste', noch führt sie einen konkreten Anlassfall an, der zur Eintragung in diese Liste führen werde, noch gibt sie ausreichend konkret an, welche Daten für die Eintragung in die Warnliste verwendet werden.“*

Rückwirkend betrachtet erscheint die nach wie vor hL<sup>687</sup> wenig fundiert. Besser ist jedenfalls die Begründung des OGH, der die „Determinierungsanforderungen für Zustimmungen“ aus § 6 Abs 3 KSchG ableitet.

UU kann die umfangreiche Informationspflicht auch eine Belastung für den Betroffenen darstellen.<sup>688</sup> Dies vor allem, wenn es gilt eine Vielzahl an Zustimmungserklärungen zu unterschreiben. Zur Lösung könnte man entweder den Informationsumfang reduzieren<sup>689</sup> oder abstraktere Zustimmungserklärungen, die unter dem Regime spezieller Regelwerke<sup>690</sup> abgegeben werden, zulassen<sup>691</sup>, sodass eine einzige Zustimmungserklärung ausreicht. Auch die Umkehr der Verwendungsvoraussetzung von einer gültigen Zustimmung zum Nichtvorliegen eines Widerspruchs<sup>692</sup> wurde vorgeschlagen.

Interessant ist die von *Drobesch/Grosinger* vorgenommene Verknüpfung der Informationspflicht gemäß § 24 DSGVO 2000 mit dem Tatbestandsmerkmal „*Kenntnis der Sachlage*“<sup>693</sup>. Die Informationspflicht nach § 24 DSGVO 2000 steht nämlich unter der

---

687 Insbesondere die in den FN 681 und 682 angeführten Meinungen weisen Begründungsmängel auf, da eine Begründung für die „Determinierung“ entweder zur Gänze fehlt, wie etwa bei *Weiss*, EDVuR 1993, 80 oder aber – wie im Rundschreiben des BKA-VD (FN 682) – auf den AB 1024 BlgNR 14. GP verwiesen wird, wobei diesem eine derartige Verpflichtung nicht zu entnehmen ist.

688 Vgl *Menzel*, MedR 2006, 205, der (für Deutschland) Folgendes festhält: „*Gerade bei Einwilligungen zu Forschungszwecken liegt es für die Patienten auch näher, trotz der psychischen Sperre gegen die Informationsaufnahme die Unterschrift zu geben: 'Forschung ist immer gut', und der behandelnde Arzt, auf den der Patient angewiesen ist, soll nicht durch ein Nein düpiert werden.*“

689 *Menzel*, MedR 2006, 705.

690 Gemeint sind damit zB Bestimmungen nach § 6 Abs 4 DSGVO 2000.

691 *Menzel*, MedR 2006, 706.

692 Vgl *Menzel*, MedR 2006, 707.

693 *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz 126: „*Die Einwilligung muss weiters in Kenntnis der*



Bedingung dass „*diese Informationen dem Betroffenen nach den Umständen des Falles nicht bereits vorliegen*“. Nach hM wird diese Wortfolge so ausgelegt, dass die Informationspflicht in offensichtlichen Fällen, nicht besteht. Auch die von der Judikatur entwickelten Anforderungen an die Information werden aus dem Erfordernis der „Kenntnis der Sachlage“ abgeleitet. Durch wen und in welcher Form diese Kenntnis der Sachlage geschaffen wird, bleibt offen. Hier ist davon auszugehen, dass diese Information in beliebiger Form durch eine beliebige Person gegeben werden kann – einzig und allein die Kenntnis der Sachlage ist entscheidend. Kenntnis schließt Zweifel aus – dh solange der Betroffene nicht iSd OGH-Judikatur über die Datenverwendung Bescheid weiß – kann nicht von Kenntnis der Sachlage ausgegangen werden.

#### **6.4. „Verwendung seiner Daten“**

Der weite Verwendungsbegriff des § 4 Z 8 DSG 2000 dürfte kaum Auslegungsschwierigkeiten bereiten, da jede Art der Handhabung von Daten einer Datenanwendung umfasst ist. Einzig einengendes Kriterium ist der Verweis auf „*Daten einer Datenanwendung*“. Dadurch werden nicht-zielgerichtete (zufällige) Verwendungen ausgeschlossen. Derartige Verwendungsvorgänge sind nicht zustimmungspflichtig.

Die Wortfolge „seiner Daten“ deutet daraufhin, dass jeder Betroffene nur persönlich über seine ihn betreffenden Daten verfügen kann. Ob damit die Stellvertretung ausgeschlossen ist oder nicht, ist Gegenstand des Kap 7.3, Zustimmung und Stellvertretung, unten Seite 182.

#### **6.5. Judikatur des OGH zur datenschutzrechtlichen Zustimmung**

Der OGH hat sich in einigen Entscheidungen mit der Zustimmung<sup>694</sup> auseinandergesetzt, wobei die meisten zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Zustimmungserklärungen ergangen sind:

1. OGH 25.2.1992, 4 Ob 114/91

---

*Sachlage erfolgen. § 24 verpflichtet den Auftraggeber aus diesem Grund zur Information des Betroffenen.“*

<sup>694</sup> Die Urteile des OGH, die sich ausdrücklich mit der datenschutzrechtlichen Zustimmung auseinandersetzen, sind unten in Kap 12.5, Judikatur des Obersten Gerichtshofs 231 hervorgehoben.

2. OGH 27.1.1999, 7 Ob 170/98w
3. OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y
4. OGH 13.9.2001, 6 Ob 16/01y
5. OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f
6. OGH 20.3.2007, 4 Ob 221/06p

Nach Ansicht des OGH muss die Zustimmungserklärung „die zu übermittelnden Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnen“<sup>695</sup>. Der Betroffene muss „mit einer solchen Klausel [Anmerkung: gemeint ist die Zustimmungserklärung] nicht im ‚Kleingedruckten‘ rechnen“<sup>696</sup>. Außerdem müssen Zustimmungserklärungen nachvollziehbar<sup>697</sup> und transparent<sup>698</sup> sein und der Betroffene über die Widerrufsmöglichkeit aufgeklärt werden, um ihm ein zutreffendes und klares Bild seiner vertraglichen Position zu vermitteln<sup>699</sup>.

Während früher die Schriftlichkeit der Zustimmungserklärungen gesetzlich gefordert war, ist dieses Erfordernis im DSG 2000 nun weggefallen. Bloß für die Verwendung sensibler Daten wird eine ausdrückliche<sup>700</sup> Zustimmung gefordert, was noch nicht bedeutet, dass

---

695 OGH 27.1.1999, 7 Ob 170/98w.

696 OGH 27.1.1999, 7 Ob 170/98w.

697 Die Bezeichnung 'xy-Konzern' ist für Kunden beispielsweise nicht nachvollziehbar (OGH 27.1.1999, 7 Ob 170/98w).

698 Eine „Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), durch die der Kunde der Übermittlung 'alle(r) im Zusammenhang mit der Eröffnung und Führung des Kontos (Depots) stehenden Daten an eine zentrale Evidenzstelle und/oder an Gemeinschaftseinrichtungen von Kreditunternehmungen' zustimmt, [ist] intransparent“, und daher unzulässig, „weil sie die Tragweite der Einwilligung nicht erkennen lässt“ (OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y).

699 „Die dem Betroffenen eröffnete Widerrufsmöglichkeit ist somit zentraler Bestandteil des aus seiner Zustimmung folgenden Schutzes. Seine Nichterwähnung vermittelt dem Verbraucher ein unklares Bild seiner vertraglichen Position und kann dazu führen, dass er in Unkenntnis seiner Rechte an ihrer Ausübung gehindert wird, zumal die Kenntnis der Widerrufsmöglichkeit nicht vorausgesetzt werden kann. Das Fehlen eines entsprechenden Hinweises führt somit zur Verletzung des aus § 6 Abs 3 KSchG abgeleiteten Transparenzgebotes.“ (OGH vom 22.3.2001, 4 Ob 28/01y sowie OGH vom 19.11.2002, 4 Ob 179/02f).

700 Andere Gesetzesbestimmungen, die eine ausdrückliche Zustimmung verlangen sind zB die §§ 21h Abs 2 AMA-Gesetz, 19 Abs 1 Z 8 Anti-Doping-Bundesgesetz 2007, 19 Abs 2 Bundesstatistikgesetz 2000, 9 Z 6 DSG 2000, 71 Abs 1 Z 3 Gentechnikgesetz, 51 Abs 2 Z 4 Glücksspielgesetz, 37 Abs 4 Personenstandsgesetz, 22 Abs 1 Signaturgesetz, 11a Abs 2 Z 3 Versicherungsvertrags-

sie schriftlich erfolgen muss. Die Materialien<sup>701</sup> halten dazu fest, dass die *„Ausdrücklichkeit [...] nur bei der Verwendung sensibler Daten notwendig [ist]; die Schriftlichkeit wird nur von Fall zu Fall dann notwendig sein, wenn es darum geht nachzuweisen, daß die Zustimmung zweifelsfrei vorliegt.“* Eine zweifelsfreie Zustimmung ist beispielsweise bei der Übermittlung von Daten – egal ob sensibel oder nicht – ins Ausland gemäß § 12 Abs 3 Z 5 DSG 2000 erforderlich.

Die Zustimmungserklärung muss die zu übermittelnde Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck ausdrücklich bezeichnen. Mit einer solchen Klausel muss der Betroffene nicht im "Kleingedruckten" rechnen.<sup>702</sup>

Die bereits obsoleten und mit dem Deregulierungsgesetz 2006<sup>703</sup>, auch formell außer Kraft gesetzten Datenschutzverordnungen auf Grund des DSG, wie etwa die BKA-DSV und insbesondere deren § 7 Abs 3 sahen Folgendes zur Gestaltung von Zustimmungserklärungen vor:

„(3) Die Zustimmung des Betroffenen zur Datenübermittlung gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 DSG gilt dann als erteilt, wenn der Betroffene sein Einverständnis zur Datenübermittlung ausdrücklich mit seiner Unterschrift getrennt von etwaigen sonstigen Vereinbarungen abgegeben hat. Eine Zustimmungserklärung liegt nur dann vor, wenn die zu übermittelnden Datenarten und die Übermittlungsempfänger ausdrücklich genannt sind und der Betroffene in allgemein verständlicher Form über den Übermittlungszweck informiert wird. Der Betroffene ist nachweislich über die Möglichkeit des schriftlichen Widerrufs seiner Zustimmung zu informieren.“

Auch wenn diesen Bestimmungen mittlerweile keine rechtliche Bedeutung mehr zukommt, zeigen sie aus rechtshistorischer Sicht sehr klar, wie die Judikatur des OGH zu Stande gekommen ist.

Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine Zustimmung des Betroffenen zur Verwendung der Daten beinhalten, sind nur dann wirksam, wenn sie auf die Widerrufsmöglichkeit des § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 ausdrücklich hinweisen.<sup>704</sup>

*„Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Als Einzelwirkungen des Transparenzgebots werden das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der*

---

gesetz 1958, 9 Abs 2 Versöhnungsfonds-Gesetz, 17 Abs 7 Z 1 Wehrgesetz 2001, 71 Abs 3 Wirtschaftskammergesetz 1998.

701 ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 39.

702 OGH 27.1.1999, 7 Ob 170/98w.

703 Deregulierungsgesetz 2006 (DRG 2006) BGBl I 2006/113.

704 OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f.

Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit genannt.<sup>705</sup>

## **6.6. Auswirkungen der neuen Bestimmungen des DSG 2000 auf die ältere Judikatur zu den Formerfordernissen**

Die ältere Judikatur des OGH<sup>706</sup> zu den Formerfordernissen für Zustimmungserklärungen stützte sich auf:

1. das alte Datenschutzgesetz<sup>707</sup>,
2. auf Verordnungen die auf Grund des alten Datenschutzgesetzes ergangen sind<sup>708</sup> sowie
3. ein Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst, ZI 810.008/1-V/1a/85 vom 10.8.1985.

Alle genannten Rechtsquellen – soweit man von einem Rundschreiben des BKA-VD von einer Rechtsquelle sprechen darf – sind mittlerweile außer Kraft getreten. Dem DSG wurde durch das DSG 2000 derogiert, die auf dem DSG beruhenden Verordnungen sind nach der Herzog-Mantel-Theorie außer Kraft getreten und wurden durch das DRG 2006 „sicherheitshalber“ auch formell aus der Rechtsordnung entfernt und das Rundschreiben 810.008/1-V/1a/85 wurde durch das Rundschreiben 810.016/0001-V/3/2007 vom 14.5.2008 außer Kraft gesetzt. Die formellen Anforderungen an Zustimmungen wurden

---

705 OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y; 13.9.2001, 6 Ob 16/01y.

706 Siehe dazu die Übersicht über die vom OGH zu den Formerfordernissen ergangene Judikatur oben Kap 6.5, Judikatur des OGH zur datenschutzrechtlichen Zustimmung 168.

707 Vgl beispielsweise die Erläuterungen zu § 7 Abs 1 Z 1 DSG (AB 1024 BlgNR 14. GP 4) wonach das »Erfordernis der „ausdrücklichen“ schriftlichen Zustimmung des Betroffenen [klarstellt], daß eine derartige Zustimmung keinesfalls dann vorliegen kann, wenn sie als Bestandteil von allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Betroffenen zur Kenntnis genommen wurde. Vielmehr liegt eine „ausdrückliche“ schriftliche Zustimmung nur dann vor, wenn der Betroffene sein Einverständnis zur Datenübermittlung getrennt von etwaigen sonstigen vertraglichen Vereinbarungen gegeben hat.«

708 Die Judikatur des OGH hat sich nicht ausdrücklich zB auf § 7 Abs 3 der Verordnung des Bundeskanzlers vom 20. Dezember 1988 zur Durchführung des Datenschutzgesetzes im Wirkungsbereich des Bundeskanzleramtes (BKA-DSV) BGBl 1988/756 gestützt. Allerdings stimmen die Anforderungen, die der OGH an Zustimmungserklärungen gestellt hat mit Formulierungen wie der des § 7 Abs 3 BKA-DSV (Wortlaut der Bestimmungen zu finden oben Kap 6.5, Judikatur des OGH zur datenschutzrechtlichen Zustimmung 168) überein.

zumindest für nicht-sensible Daten durch § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 gelockert<sup>709</sup>, der im Gegensatz zu den §§ 7 Abs 1 Z 1 und 18 Abs 1 Z 1 DSG nun keine ausdrückliche Zustimmung mehr verlangt. Die neuere Judikatur<sup>710</sup> zur datenschutzrechtlichen Zustimmung hat sich daher immer auch auf § 6 Abs 3 KSchG gestützt. Die sich aus dem Transparenzgebot ergebenden Anforderungen<sup>711</sup> betreffen die Informationspflicht des Auftraggebers, wenn er Unternehmer iSd KSchG ist. Die Schriftlichkeit oder Ausdrücklichkeit der Zustimmungserklärungen wird durch diese Judikatur nicht berührt. Soweit die alte Judikatur die Schriftlichkeit von Zustimmungserklärungen betrifft, ist sie daher wegen Änderung der gesetzlichen Grundlagen obsolet.

---

709 Siehe auch ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 39.

710 OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y; 13.9.2001, 6 Ob 16/01y; 19.11.2002, 4 Ob 179/02f; 20.3.2007, 4 Ob 221/06p.

711 Das Transparenzgebot verlangt „nicht bloß formale Verständlichkeit im Sinn von Lesbarkeit, sondern auch Sinnverständlichkeit. So kann für sich allein durchaus klaren und verständlichen Klauseln die Sinnverständlichkeit fehlen, wenn zusammenhängende Regelungen und ihre nachteiligen Effekte deshalb nicht erkennbar werden, weil die einzelnen Teile an versteckten oder nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringenden Stellen [...] geregelt sind“ (OGH 13.9.2001, 6 Ob 16/01y).

## 7. DIE ZUSTIMMUNG IM PRIVATRECHTLICHEN KONTEXT

Auf Grund der ausdrücklich normierten unmittelbaren Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz (§ 1 Abs 5 DSG 2000) ist das Datenschutzgesetz 2000 – wie auch sein Vorgänger, das Datenschutzgesetz – sowohl dem öffentlichen Recht als auch dem Privatrecht zuordenbar<sup>712</sup>. Im Vergleich zum DSG wurde im DSG 2000 die Trennung in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Abschnitt aufgegeben. Nunmehr besteht eine gemeinsame Regelung der Datenverwendung, die von wenigen Ausnahmen<sup>713</sup> abgesehen, die Rechtslage vereinheitlicht.

Die Frage ob es sich bei einer Bestimmung um eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche handelt ist aus zwei Gründen interessant: erstens für die Auslegung<sup>714</sup>, da die Analogie und Teleologie im öffentlichen Recht eine geringere Rolle spielen, zweitens sind die Bestimmungen des öffentlichen Rechts weithin zwingender Natur, dh unverzichtbar<sup>715</sup>.

Die Gefahr der Entwicklung unterschiedlicher Judikaturlinien für den privaten und öffentlichen Bereich des Datenschutzrechts ist durch die verfahrensrechtliche Trennung, die sich bis zu den Höchstgerichten zieht<sup>716</sup>, der österreichischen Rechtsordnung immanent. Allerdings sollte diese Schwäche nicht überbewertet werden, da die

---

712 Zur Problematik der Zuordnung des DSG 2000 s *Schulev-Steindl*, Rechte 166.

713 Etwa des materiellen Gesetzesvorbehalts (§ 1 Abs 2 DSG 2000), der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Bereich (§ 5 DSG 2000), den unterschiedlichen Eingriffsermächtigungen für öffentliche und private Auftraggeber in den §§ 8 und 9 DSG 2000, der besonderen Mitteilungspflicht für Auftraggeber des öffentlichen Bereichs gemäß § 10 Abs 2 DSG 2000, der Ausnahmebestimmungen der §§ 12 Abs 1, 26 Abs 5, 27 Abs 5 und 48a DSG 2000 für Auftraggeber des öffentlichen Bereichs, der Mitwirkungspflicht von Auftraggebern des öffentlichen Bereichs gemäß § 41 Abs 2 DSG 2000.

714 Vor diesem Hintergrund ist der Literaturstreit zwischen *Mayer*, *ecolex* 1992, 812 und *Kuderna*, *RdA* 1992, 421 zu verstehen.

715 *Hanreich* in *Duschanek* 75.

716 So ist gemäß § 1 Abs 5 DSG 2000 bei Grundrechtsverletzungen durch Private der Zivilrechtsweg zu beschreiten. Nach § 32 Abs 4 DSG 2000 ist in erster Instanz das jeweilige Landesgericht zuständig. Im öffentlichen Bereich – sowie bei Verletzungen des Rechts auf Auskunft, auch im privaten Bereich – ist die Datenschutzkommission zuständig. Im privaten Bereich endet der Verfahrenszug innerstaatlich beim OGH, bei Verletzungen des Rechts auf Auskunft sowie im öffentlichen Bereich endet er innerstaatlich beim VfGH.

höchstgerichtliche Spruchpraxis durchaus Bezugnahmen auf die jeweils andere Disziplin enthält<sup>717</sup>.

„Häufig wird die Zustimmung zur [Verwendung] ein Vertrag zwischen Verarbeitung und Betroffenen sein.“<sup>718</sup> Dies ist zwar nicht ganz präzise, denn die Zustimmung kann nur in einen Vertrag eingebettet sein, nicht aber selber ein Vertrag sein, da es sich bei der Zustimmung gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 um eine Willenserklärung handelt. Diese Bestimmung ist daher auch die einschlägige für die vertraglich gestaltete Datenverwendung.

## **7.1. Zustimmung im Rahmen von Verträgen**

Der Verfassungsgerichtshof hat festgestellt, dass Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz zulässig sind, wenn sie aus einer gültigen, vertraglichen Vereinbarung abgeleitet werden können.<sup>719</sup> Eine Prüfung, die sich alleine auf die privatrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen konzentriert, reicht nicht aus, um die Gültigkeit eines derartigen Vertrags zu beurteilen. So wird beispielsweise auch zu berücksichtigen sein, ob ein einfachgesetzliches Verwendungsverbot besteht. Ein derartiges Verwendungsverbot führt nicht per se zur Nichtigkeit des Vertrags iSd § 879 ABGB<sup>720</sup>, da die Zustimmung als verfassungsunmittelbarer Eingriffstatbestand des § 1 Abs 2 DSG 2000 nicht einfachgesetzlich ausgeschlossen werden kann<sup>721</sup>. Da auch solche einfachgesetzlichen Verwendungsverbote soweit als möglich verfassungskonform zu interpretieren sind, bedarf es keiner Aufhebung dieser Normen, indem man sie als Ausschluss überwiegender berechtigter Interessen iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 deutet. In einem solchen Fall ist kein Verweis auf das Vorliegen „überwiegender **berechtigter**

717 Vgl etwa VwGH 29.3.2004, 98/01/0213, 21.10.2004, 2004/06/0086 oder 19.12.2005, 2005/06/0140 in denen der VwGH auf den OGH Bezug nimmt oder VfGH 12.3.2009, G 164/08.

718 *Hanreich* in *Duschanek* 75. Siehe zu den verschiedenen Ausprägungen der Zustimmung oben Kap 5, Rechtsnatur der Zustimmung 120.

719 VfGH 7.6.1999, VfSlg 15.473/1999.

720 AA noch *Hanreich* in *Duschanek* 84. Ihm muss allerdings zu Gute gehalten werden, dass das Grundrecht auf Datenschutz zum damaligen Zeitpunkt noch keinen Verweis auf die Zustimmung enthielt.

721 Dies dürfte anders zB in Deutschland sein: vgl *Schrader*, Einwilligung, in *Bäumler/Breinlinger/Schrader* (Hrsg), Datenschutz von A – Z (2000) E 300, 4 wonach die „Grenzen [...] nicht im Wege der Einwilligung umgangen werden [dürfen], da die gesetzliche Beschränkung sonst gegenstandslos würde“.

Interessen“ möglich, denn diese sind ja ex lege ausgeschlossen. Die Verwendung der Daten ist daher nur bei Vorliegen einer echten Zustimmung<sup>722</sup> zulässig. Sind in so einem Fall die Voraussetzungen für eine echte Zustimmung nicht erfüllt, bedingt dies eine Verletzung des Grundrechts. Der Vertrag ist dann nichtig.<sup>723</sup>

Eine wichtige Bestimmung hinsichtlich der Verwendung von Daten im Rahmen von Vertragsverhältnissen findet sich in § 8 Abs 3 Z 4 DSG 2000. Demnach dürfen nicht-sensible personenbezogene Daten, die „zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und Betroffenen erforderlich“ sind verwendet werden. Für diese Daten ist keine Zustimmung des Betroffenen erforderlich. Diese Bestimmung umfasst nur die so genannten unselbständigen Nebenleistungspflichten, die der „Vorbereitung und reibungslosen Abwicklung der für den Vertragstyp charakteristischen Hauptleistung“<sup>724</sup> dienen. Zwar könnten vom Wortlaut auch die Hauptleistungspflichten umfasst sein, allerdings wären in einem solchen Fall die Schutzmechanismen, die iZm Zustimmungen sowohl auf europäischer als auch innerstaatlicher Ebene aufgestellt wurden, nicht anwendbar, weil eine andere Rechtsgrundlage als die Zustimmung bestünde. Mit Blick auf die Zuordnung zu den verfassungsgesetzlichen Eingriffstatbeständen<sup>725</sup> sind Datenverwendungen, die Gegenstand der Hauptleistungspflichten<sup>726</sup> sind, dem Eingriffstatbestand „Zustimmung“ zuzuordnen, weil sie im Zentrum der Disposition stehen, dh ausschließlich vom Willen der Vertragspartner und somit auch des Betroffenen abhängen. Die Nebenleistungspflichten und hier insbesondere die unselbständigen hingegen sind mehr oder weniger von den Vertragspartnern im Rahmen der Einigung „mitakzeptiert“, da sie für die

---

722 Zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Zustimmungen siehe oben Kap 4.6.2.1, Echte und unechte Zustimmungen 90.

723 *Hanreich* in *Duschanek* 84. Zur Relevanz der Grundrechte im Privatrecht darf ua auf *Bydlinski*, Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht, ZÖR 1963, 423; *Griller*, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1, 109; *Mayer*, Der "Rechtserzeugungszusammenhang" und die sogenannte "Drittwirkung" der Grundrechte, JBI 1990, 768; *ders*, Nochmals zur sogenannten "Drittwirkung" der Grundrechte, JBI 1992, 768; *Novak*, Zur Drittwirkung der Grundrechte, EuGRZ 1984, 133 verwiesen werden.

724 *Koziol/Welser* II<sup>13</sup> 5.

725 S oben Kap 4.6, Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die drei Eingriffstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000 82.

726 *Koziol/Welser* II<sup>13</sup> 4.



Vertragsabwicklung erforderlich sind<sup>727</sup> oder diese erleichtern. Im datenschutzrechtlichen Sinn stützen sich solche Datenverwendungen auf den Eingriffstatbestand „überwiegende berechtigte Interessen“, die in dem Fall in der Vertragserfüllung begründet liegen. Datenverwendungen die Hauptleistungspflichten darstellen – ein Beispiel wäre die Vereinbarung einer Datenüberlassung gegen Entgelt – können sich allerdings niemals auf die ihnen zu Grunde liegende Vereinbarung als „überwiegendes berechtigtes Interesse“ iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 stützen, denn dieses Interesse wird erst mit der Vereinbarung geschaffen. Da es vor der Vereinbarung nicht besteht, kann es folglich auch kein „überwiegendes berechtigtes Interesse“ sein, auf die die Vereinbarung gestützt werden könnte.<sup>728</sup> Außerdem sind alle Rechtsgrundlagen für deren Gültigkeit der Betroffene mitwirken muss, dem Bereich der autonomen Rechtsgestaltung<sup>729</sup>, dh dem Eingriffstatbestand „Zustimmung“ zuzurechnen. Diese Feststellung hat insofern weitreichende Konsequenzen als vertragliche Nebenleistungspflichten nicht den Anforderungen datenschutzrechtlicher Zustimmungen<sup>730</sup> unterliegen – vertragliche Hauptpflichten hingegen schon. Dies ergibt sich aus den Verwendungsbestimmungen (Art 7 lit b DS-RL bzw § 8 Abs 3 Z 4 DSG 2000), die darauf abstellen, dass die Verwendung der Daten für die Vertragsabwicklung erforderlich ist. Für die aus diesem Grund erforderlichen Grundrechtseingriffe ist kein Rekurs auf die Zustimmung notwendig, da bereits eine andere Rechtsgrundlage besteht.

Für sensible Daten fehlt eine entsprechende Bestimmung, weshalb keine überwiegenden berechtigten Interessen vorliegen. Mit einer Zustimmung könnten aber auch solche Daten Gegenstand einer vertraglichen Haupt- oder Nebenleistungspflicht sein.

---

727 Daten, die beispielsweise für die Abrechnung notwendig sind – hier von durchgeführten Impfungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung – dürfen gemäß § 8 Abs 3 Z 4 DSG 2000 auch verwendet werden (DSK 25.6.2004, K120.877/0017-DSK/2004).

728 Das Gesagte gilt natürlich nur unter der Voraussetzung, dass ein Recht zur Datenverwendung – ein „überwiegendes berechtigtes Interesse“ – nicht schon auf Grund anderer Bestimmungen besteht. Es ist hier aber davon ausgegangen worden, dass nicht schon bestehende Pflichten noch einmal vereinbart werden. Dies erscheint nicht sonderlich sinnvoll.

729 Vgl oben Kap 4.6.2.3, Verhältnis des verfassungsrechtlichen Zustimmungsbegriffs zum einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff 94.

730 Da wären insbesondere Zwangsfreiheit, Widerrufbarkeit bei Willenserklärungen sowie die Information durch den Auftraggeber zu nennen.

## **7.2. Junktimierung von Zustimmungserklärungen mit anderen Vertragsteilen**

Mit dieser unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung, je nachdem ob die Verwendung der Daten Haupt- oder Nebenleistungspflicht ist, ergibt sich eine weitere Frage und zwar ob Zustimmungserklärungen, die Vertragsbestandteile sind und andere Vertragsteile voneinander abhängig gemacht werden dürfen oder nicht. Stellt eine derartige Junktimierung eine Verschlechterung der Entscheidungssituation dar, die – wie bereits zuvor besprochen – als Zwang zu qualifizieren ist? Was unterscheidet die Junktimierung von der Verpflichtung?

Das Wesen der Junktimierung besteht darin Leistungen, die typischerweise nicht voneinander abhängig sind, voneinander abhängig zu machen. Es wird also eine Verbindung hergestellt, die üblicherweise nicht existiert. Folglich besteht auch in den Fällen des naturgesetzmäßigen Zwangs<sup>731</sup> keine Junktimierung, da die Verbindung zB zwischen Verweigerung der Zustimmung und Nichterhalt der Leistung reflexartig besteht und nicht einmal verhindert werden könnte. Durch diese Verbindung wird die Entscheidungsfreiheit nicht notwendigerweise beeinträchtigt, da auch der Fall denkbar ist, dass eine Verbindung zum Vorteil der Person, die die Entscheidung zu treffen hat, geschaffen wird. In der Regel sind die Rollen allerdings klar verteilt: die Person, die die Entscheidung zu treffen hat, steht der Person, die die Leistungen junktimiert gegenüber. Die Junktimierung ist oft ein Instrument zur Durchsetzung der eigenen Interessen – das bedeutet aber auch zur Verschlechterung der Entscheidungssituation des Betroffenen. Aus diesem Grund sowie der Tatsache, dass die Junktimierung zu Obliegenheiten führt ist sie regelmäßig als Zwang zu qualifizieren.

Von einer Pflicht unterscheidet sich die Junktimierung bloß durch ihren bedingten Charakter, der es der Person, die die Entscheidung zu treffen hat, zumindest ermöglicht zwischen der Annahme oder der Ablehnung der verbundenen Leistungen zu entscheiden. Bei der Pflicht besteht diese Entscheidungsmöglichkeit nicht mehr. Pflichten stehen der Autonomie entgegen, da sie durch die Verbindung mit einem Nachteil für den Fall der Nichterfüllung Zwang begründen. Ähnlich verhält es sich mit der Junktimierung: an die Stelle der Aufforderung „man soll ...“ tritt der Hinweis „Wenn nicht, dann ...“. Es handelt sich dabei wahrlich um keinen gravierenden Unterschied, da mit einer Nichtbeachtung in beiden Fällen idR negative Konsequenzen verbunden sind.

---

<sup>731</sup> S oben Kap 6.1.2, Arten des Zwangs – Unterscheidung nach der Ursache 139.

Von ihrer prinzipiellen Wirkung sind beide aber gleich. Wie bereits oben festgestellt, bezieht sich der verfassungsrechtliche Eingriffstatbestand „Zustimmung“ nur auf autonome, dh pflichtfreie Rechtsgestaltung. Zugestimmt kann nur werden, wo nicht schon eine Pflicht zur Duldung der Datenverwendung besteht. Auf Grund der gleichen Wirkung von Junktimierungen und Pflichten gilt selbiges auch für Junktimierungen. Dh Junktimierungen und autonome Rechtsetzung schließen einander aus, weshalb Junktimierungen nur auf den Eingriffstatbestand „überwiegende berechnigte Interessen eines anderen“ gestützt werden können.

Dennoch kann die Junktimierung nicht gänzlich ausgeschlossen sein, da es sonst keinen Anwendungsbereich für die (echte) Zustimmung mehr gäbe. Bei der gegenständlichen Untersuchung müssen wir übrigens immer vor Augen haben, dass sachlich nicht gerechnfertigte Junktimierungen untersucht werden, da sachlich gerechnfertigte Junktimierungen sowieso vom Eingriffstatbestand der „überwiegenden berechnigten Interessen“ umfasst wären.

Ein Beispiel für eine **sachlich gerechnfertigte Junktimierung** wäre etwa eine naturgesetzmäßige Verknüpfung derart, dass der Hersteller eines Werks die Herstellung von der Übermittlung für die Herstellung absolut notwendiger Daten „abhängig macht“. In diesem Fall wird die Verknüpfung nicht vom Auftraggeber geschaffen und ist daher auch nicht von ihm zu vertreten. Die Anfertigung des Werkes ohne die Daten ist schlicht und einfach nicht möglich. Wenn der Betroffene die Anfertigung wünscht, muss er die notwendige Datenverwendung „schlucken“. Die Berechnigung der „überwiegenden berechnigten Interessen“ ergibt sich aus dem Auftrag des Betroffenen, das Überwiegen aus der Notwendigkeit der Datenverwendung.

Da die gerechnfertigten Junktimierungen immer auf „überwiegende berechnigte Interessen“ gestützt werden können, muss nun untersucht werden wie negativ die maximal zulässige negative Konsequenz bei sachlich nicht gerechnfertigten Junktimierungen noch sein darf, ohne eine Zwangssituation zu schaffen. Die Problematik kann unter Rückgriff auf die bereits oben in Kapitel 6.1.4.4, Vis Compulsiva 153 angestellten Überlegungen wonach ein Missverhältnis jedenfalls beim Verhältnis eins zu zwei (laesio enormis) anzunehmen ist, gelöst werden.

### 7.2.1. Begriff des Koppelungsverbots

Der Begriff des Koppelungsverbot stammt aus der deutschen Literatur.<sup>732</sup> *Holznagel/Sonntag*<sup>733</sup> verstehen darunter das Verbot eine Leistung von einer Einwilligung<sup>734</sup> in die Datenverwendung abhängig zu machen. Ihrer Ansicht nach leitet sich das Koppelungsverbot indirekt auch aus der DS-RL ab. Dort »folgt es aus der Definition der Einwilligung in Art. 2 Lit. h), die „ohne Zwang“ erfolgen muss und aus den allgemeinen Anforderungen an die Datenverarbeitung, die sich im Rahmen der Grundsätze von „Treu und Glauben“ bewegen muss.«<sup>735</sup>

Gegen die Annahme eines (allgemeinen) Koppelungsverbots spricht vor allem die Einschränkung der Privatautonomie des Auftraggebers. Durch ein generelles Koppelungsverbot würde die Vertragsfreiheit eingeschränkt werden, weil der datenschutzrechtliche Auftraggeber gewisse Bedingungen in seinem Vertrag nicht stellen dürfte. Es würde daher faktisch ein Kontrahierungszwang normiert, der eigentlich nur: bei „faktische[r] Übermacht eines Beteiligten [und a]nsonsten [-] als Ausnahme vom Prinzip der Abschlussfreiheit nur in den vom Gesetz geregelten Fällen“<sup>736</sup> besteht.

In VfSlg 9.761/1983 wurde die Junktimierung der Spendenannahme durch eine Partei und der Zustimmung des Spenders zur Veröffentlichung seiner Spende durch Bestimmungen des Parteiengesetzes behauptet. Leider kam es zu keiner Entscheidung in der Sache, da der Verfassungsgerichtshof keine Junktimierung erblicken konnte und den Individualantrag mangels Legitimation zurückwies. Aus der Formel „keine Junktimierung = keine Grundrechtsverletzung“ kann zulässigerweise nicht auf ihre Negation „Junktimierung = Grundrechtsverletzung“ geschlossen werden, wie Error: Reference source not found in Kap Error: Reference source not found, Error: Reference source not found Error: Reference source not found am Beispiel der sachlich gerechtfertigten bzw der nicht im Missverhältnis stehenden Junktimierung gezeigt wurde.

Es gibt auch eine Entscheidung der DSK<sup>737</sup> zu dem Thema: so ist es „keineswegs

---

732 MWN zum Begriff des Koppelungsverbotes siehe *Schmitz/Eckhardt*, CR 2006, 535.

733 *Holznagel/Sonntag* in *Roßnagel* Rz 76 f.

734 Dh in Österreich einer Zustimmung iSd DSG 2000.

735 *Holznagel/Sonntag* in *Roßnagel* FN 163.

736 OGH 12.8.1996, 4 Ob 2132/96z.

737 DSK 15.12.2000, 120.715/4-DSK/00.

*rechtswidrig, wenn ein Gesetzgeber den Bezug öffentlicher Leistungen oder Begünstigungen als Bedingung an die Zustimmung zur Ermittlung gewisser Gesundheitsdaten knüpft.*“ Interessant ist einerseits die Tatsache, dass sich die DSK – ohne Gesetzesprüfungsbefugnis zu haben – zur Rechtmäßigkeit einer einfachgesetzlichen Bestimmung äußert und andererseits der Umstand, dass wenige Sätze weiter auf das Vorliegen wichtiger Interessen abgestellt wird, somit genau nicht auf den zweiten (Zustimmung) sondern den dritten Fall (überwiegende berechnigte Interessen) des § 1 Abs 2 DSG 2000. Es zeigt sich also dass Koppelungen bei unechten Zustimmungen unproblematisch sind, bei echten Zustimmungen hingegen dürfte von einer sehr eingeschränkten Zulässigkeit auszugehen sein.

### 7.2.2. Datenschutzrechtliche Koppelungsverbote in der österreichischen Rechtsordnung

Die österreichische Rechtsordnung kennt einige datenschutzrechtlichen Koppelungsverbote, von denen hier die wichtigsten behandelt werden sollen. Auffallend ist die inhaltliche Nähe dieser Bestimmungen zur Informations- und Kommunikationstechnologie:

§ 31a ASVG regelt die Grundlagen des elektronischen Verwaltungssystems (ELSY), wonach das *„ELSY [...] die Verwaltungsabläufe zwischen Versicherten, Dienstgebern, Vertragspartnern und diesen gleichgestellten Personen sowie Sozialversicherungsträgern zu unterstützen [hat] und [...] so zu gestalten [ist], daß die von den Sozialversicherungsträgern zu vollziehenden Gesetze weitgehend ohne papierschriftliche Unterlagen vollzogen werden können“* (§ 31a Abs 1 zweiter Satz ASVG). Durch die Novelle BGBl I 2006/131 wurde folgender Abs 4a eingefügt:

*„(4a) Die Verwendung von Bestandteilen des ELSY durch Speichern und Auslesen von Daten der e-card zu Zwecken nach Abs. 4 Z 3 und 4 darf jeweils nur auf ausdrückliches Verlangen des Karteninhabers/der Karteninhaberin erfolgen. Es ist verboten, einen Anspruch des Karteninhabers/der Karteninhaberin von der Verwendung von Bestandteilen des ELSY zu Zwecken nach Abs. 4 Z 3 und 4 abhängig zu machen oder inhaltlich zu beeinflussen; [Anmerkung: Hervorhebung nicht im Original] Abs. 6 zweiter Satz ist anzuwenden.“*

Mit dieser Novelle wurde im zweiten Satz des Abs 4a ein Verbot der Koppelung von Ansprüchen an das Auslesenlassen der e-card eingeführt. Anders formuliert dürfen Ansprüche nicht der aufschiebenden Bedingung unterliegen, dass der Karteninhaber das Auslesen seiner e-card duldet.

Ein weiteres Koppelungsverbot ist in § 96 Abs 2 Telekommunikationsgesetz 2003 zu finden, wonach die Bereitstellung von Kommunikationsdiensten nicht von der Zustimmung zur Verwendung von Benutzerdaten für Vermarktungszwecke abhängig gemacht werden darf. § 96 Abs 2 TKG 2003 lautet:

„(2) Die Übermittlung von im Abs. 1 genannten Daten darf nur erfolgen, soweit das für die Erbringung jenes Kommunikationsdienstes, für den diese Daten ermittelt und verarbeitet worden sind, durch den Betreiber erforderlich ist. Die Verwendung der Daten zum Zweck der Vermarktung von Kommunikationsdiensten oder der Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen sowie sonstige Übermittlungen dürfen nur auf Grund einer jederzeit widerrufbaren Zustimmung der Betroffenen erfolgen. Diese Verwendung ist auf das erforderliche Maß und den zur Vermarktung erforderlichen Zeitraum zu beschränken. Die Anbieter dürfen die Bereitstellung ihrer Dienste nicht von einer solchen Zustimmung abhängig machen.<sup>738c</sup>

Auch im Zustellgesetz ist seit der Novelle durch das E-Government-Gesetz, BGBl I 2004/10 ein Koppelungsverbot für die elektronischen Zustelldienste zu finden. § 29 Abs 4 lautet:

„(4) Zustelldienste sind hinsichtlich der von ihnen für die Besorgung ihrer Aufgaben verwendeten Daten Auftraggeber im Sinne des § 4 Z 4 des Datenschutzgesetzes 2000, BGBl. I Nr. 165/1999. Sie dürfen die ihnen zur Kenntnis gelangten Daten über ihre Kunden – soweit keine besonderen vertraglichen Vereinbarungen mit diesen bestehen – ausschließlich für den Zweck der Zustellung verwenden. Der Abschluss eines Vertrags über die Zustelleistung sowie der Inhalt eines solchen Vertrags dürfen nicht von der Zustimmung zur Weitergabe von Daten an Dritte abhängig gemacht werden<sup>739</sup>, eine Weitergabe von Daten über Herkunft und Inhalt zuzustellender Dokumente an Dritte darf nicht vereinbart werden.“<sup>740</sup>

### 7.2.3. Sonstige Koppelungsverbote in der österreichischen Rechtsordnung

Sonstige Koppelungsverbote finden sich in der österreichischen Rechtsordnung vor allem im Bereich des Gesundheitsrechts. So verbieten die Ziffern 1 und 1a des § 879 Abs 2 ABGB Gegenleistungen für den Abschluss von Eheverträgen und der Vermittlung medizinisch unterstützter Fortpflanzungen. Ein wichtiges Koppelungsverbot in Zusammenhang mit der Errichtung von **Patientenverfügungen** ist in § 15 Patientenverfügungs-Gesetz enthalten. Demnach darf der Zugang zu Einrichtungen der Behandlung, Pflege oder Betreuung oder den Erhalt solcher Leistungen nicht davon abhängig gemacht werden, dass eine Patientenverfügung errichtet oder dies unterlassen wird.

Gemäß § 39 Abs 1 Arzneimittelgesetz dürfen keine nachteiligen Folgen mit der Ablehnung oder dem Ausstieg aus einer **klinischen Studie** verbunden sein. Bei

<sup>738</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>739</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>740</sup> Das Vereinbarungsverbot des letzten Satz ist auf Grund der verfassungsunmittelbaren Eingriffsermächtigung des § 1 Abs 2 2. Fall rechtlich unbeachtlich.

Minderjährigen darf darüber hinaus kein Anreiz oder finanzielle Vergünstigung mit der Teilnahme an einer solchen Studie verbunden sein (§ 42 Abs 1 Z 7 Arzneimittelgesetz).

### **7.3. Zustimmung und Stellvertretung**

Unbeantwortet<sup>741</sup> bleibt im österreichischen Datenschutzrecht die Frage, ob Zustimmungserklärungen auch für andere Personen abgegeben werden können und wie allfällige Stellvertretungsregeln für den Bereich der gesetzlichen Stellvertretung aussehen.

Kern des Problems ist, dass – im Gegensatz zur Botenschaft etwa – der Vertreter für den Betroffenen einen Willen bildet. Dass auf Grund dieser *Willensbildung durch den Vertreter* das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen eingeschränkt wird, liegt auf der Hand. Im Falle der gesetzlichen Stellvertretung ist diese Einschränkung stärker noch als bei der gewillkürten, da die gesetzliche nicht zur Disposition des Vertretenen (Betroffenen) steht. Auch wenn bereits festgestellt wurde<sup>742</sup>, dass es sich beim Grundrecht auf Datenschutz nicht um ein höchstpersönliches Recht handelt, soll an dieser Stelle ein Einblick in die wichtigsten Argumente gegeben werden.

#### **7.3.1. Argumente gegen die Stellvertretung bei der Zustimmung**

Der *Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz* hat in seinem Bericht aus dem Jahr 2000, Bedenken geäußert hinsichtlich der Frage, ob Angehörige von Drogentoten in die Verwendung derer Daten einwilligen können.<sup>743</sup> Für den Bereich der fremdnützigen medizinischen Forschung an Einwilligungsunfähigen geht *Kopetzki* von der Unzulässigkeit der Stellvertretung hinsichtlich der Zustimmung aus.<sup>744</sup> Es ist allerdings zu hinterfragen, inwiefern die Erkenntnisse aus dem Bereich der

---

741 Weder im Text des DSG 2000 selbst noch in den Materialien findet sich ein Hinweis ob die Zustimmung durch eine andere Person als den Betroffenen für diesen wirksam wird oder nicht.

742 Vgl

743 Vgl *Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz*, 19. Tätigkeitsbericht (2000) 63 .

744 *Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates: taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002) 239; *derselbe*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) 253. In letztgenannter Stelle begründet *Kopetzki* die Unzulässigkeit der Stellvertretung bei Unmündigen mit § 146 Abs 1 ABGB, wonach die Eltern zur „*Wahrung des körperlichen Wohles und der Gesundheit*“ verpflichtet seien – ein derartiger Eingriff – nämlich die Organspende – allerdings nicht im Interesse des Kindes liege.

medizinischen Forschung auf die datenschutzrechtliche Einwilligungsproblematik angewandt werden können. Man könnte der Ansicht sein, dass mündige Minderjährige eigenverantwortlich entscheiden sollten, um ihnen den Umgang mit ihren Daten bereits frühzeitig zu vermitteln.

Nach Ansicht der DSK<sup>745</sup> handelt es sich beim Grundrecht auf Datenschutz um ein höchstpersönliches Recht<sup>746</sup>, das ua mit dem Tod des Betroffenen erlischt und nicht auf Rechtsnachfolger übergeht<sup>747</sup>.

### 7.3.2. Argumente für die Stellvertretung bei der Zustimmung

Die Frage nach der Schutzwürdigkeit – insbesondere vor sich selber – stellt sich bei der Bevollmächtigung nicht, da die Bestellung eines Stellvertreters ausschließlich in der Entscheidung des Vertretenen liegt (rechtliche Komponente) und diese Entscheidungssituation – im Gegensatz zu Situationen in denen datenschutzrechtliche Zustimmungen verlangt werden – in der Regel nahezu zwangsfrei sein wird (faktische Komponente). In der Realität ist der Druck auf den Vollmachtgeber wesentlich geringer, als auf den Betroffenen, der über die Verwendung seiner Daten entscheiden muss. Das mag zum Einen darin begründet liegen, dass Vollmachten<sup>748</sup> weit weniger Begehrlichkeiten verursachen als Daten und zum Anderen, dass der Austausch des Stellvertreters eher geeignet ist, unerwünschte Eingriffe abzustellen, als der Wechsel zu einem anderen Auftraggeber oft möglich ist. Bei der Verwendung von Daten sind

---

745 DSK 12.9.2003, K202.028/006-DSK/2003.

746 Höchstpersönliche Rechte sind nicht übertrag- und verwertbar (OGH 22.4.1981, 3 Ob 681/80).

747 Ebenso lehnte der VwGH in seinem Erkenntnis vom 19. Februar 2002, 99/01/0309, die Rechtsnachfolge in höchstpersönliche Rechte ab. Dass der Übergang auf Rechtsnachfolger nicht möglich ist, muss nicht notwendigerweise die Stellvertretung ausschließen. Denn bei der Stellvertretung geht es um die Geltendmachung von Rechten für jemanden, der aus welchen Gründen auch immer verhindert ist. Die Stellvertretung erweitert somit den Handlungsspielraum des Vertretenen. Anders stellt sich die Situation bei der Rechtsnachfolge dar – hier soll nicht der Handlungsspielraum des Vertretenen erweitert werden, sondern es sollen Rechte, die nun niemandem mehr zuordenbar sind, wieder zugeordnet werden. Die Stellvertretung – zumindest die gewillkürte – liegt im Interesse des Vertretenen. Ähnlich dem Gedanken der Selbstbestimmung fördert das Institut der Stellvertretung die Entfaltungsmöglichkeiten der jeweiligen Person. Es wäre somit verfehlt, die Stellvertretung unter Berufung auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht als unzulässig anzusehen.

748 Zum Begriff der Vollmacht vgl. *Koziol/Welser*, Grundriss I<sup>12</sup> 166 ff.



einheitliche Vorgangsweisen über die Auftraggebergrenzen hinweg erkennbar<sup>749</sup>, die einer freien Entscheidung des Betroffenen insofern entgegenstehen, als er keine Alternativen<sup>750</sup> findet. Ob das Vorgehen der Auftraggeber notwendig ist und daher einen Fall des überwiegenden berechtigten Interesses darstellt oder auf anderen Beweggründen, wie etwa Bequemlichkeit oder mangelnder Akzeptanz beruht, muss im Einzelfall geprüft werden.

1. Nicht nur in der heutigen Zeit auch schon vor Erlassung des DSG umfasste die Stellvertretung regelmäßig auch die Verwendung von Daten für den Vertretenen. Wer als Vertreter einen Vertrag abschloss musste beispielsweise auch personenbezogene Daten des Vertretenen übermitteln oder im Rahmen der Vertragserstellung verwenden. In den Materialien sowohl zum DSG als auch zum DSG 2000 findet sich kein Hinweis, dass dies durch die Datenschutzbestimmungen nicht mehr zulässig sein sollte. Vielmehr verweist zum Beispiel das E-Government-Gesetz und hier insbesondere dessen § 18 auf die Möglichkeit der Vertretung (arg: *„Nachweise, die personenbezogene Daten enthalten, dürfen nur dem Betroffenen selbst ausgestellt werden bzw. Dritten nur im Auftrag des Betroffenen [Anm: Hervorhebung nicht im Original]“*).
2. Art 28 Abs 4 DS-RL spricht davon, dass die Betroffenenrechte vor der Kontrollstelle (Datenschutzkommission) auch von Verbänden geltend gemacht werden dürfen.
3. Nach hA schützt das Grundrecht auf Datenschutz auch juristische Personen. Diese können per definitionem aber nur durch Vertreter handeln.

### 7.3.3. Conclusio

Einerseits sprechen die Definition der Zustimmung (§ 4 Z 14 DSG 2000), die ausdrücklich nur auf Daten des Betroffenen abstellt (arg: *„seiner Daten“*) sowie das informationelle Selbstbestimmungsrecht gegen die Stellvertretung. Andererseits setzt der Grundrechtsschutz auch für juristische Personen<sup>751</sup>, jedenfalls die Stellvertretung voraus. Grundrechtlicher Schutz für juristische Personen, ist ohne Stellvertretung nicht

---

749 Siehe insbesondere unten Kap 8.1, Zustimmung als Voraussetzung für Leistung 195.

750 Zum Begriff der Handlungsmöglichkeiten, vgl *Kesting*, Was sind Handlungsmöglichkeiten? (2001).

751 *Duschanek* in *Korinek/Holoubek* Rz 20.

denkbar, da juristische Personen ihrem Wesen nach grundsätzlich handlungsunfähig sind und daher immer der (organschaftlichen) Vertretung bedürfen. Weiters kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er hätte Geschäftsunfähige wie Kinder oder Geistesranke von der Disposition über ihre Daten ausschließen wollen. Indem er Stellvertretungsregelungen für Geschäftsunfähige vorgefunden hat und selbst keine Abweichungen normiert hat, wie das etwa im Patientenverfügungs-Gesetz<sup>752</sup> oder im Arzneimittelgesetz<sup>753</sup> geschehen ist, muss davon ausgegangen werden, dass er die allgemeinen Stellvertretungsregelungen (§§ 1002 ff ABGB) auch im Bereich des Datenschutzrechts angewandt wissen wollte.

#### 7.3.4. Zustimmung durch einen Stellvertreter

Auch wenn von der Zulässigkeit der Stellvertretung für die Zustimmung zur Datenverwendung auszugehen ist, heißt das noch nicht, dass Rechte, die aus dem Grundrecht auf Datenschutz resultieren, übertragbar wären. Dagegen spricht einerseits der Charakter des höchstpersönlichen Rechts sowie andererseits die jederzeitige Widerrufbarkeit zumindest von Zustimmungen gemäß § 4 Z 14 DSG 2000. Es kann daher – zB bei der indirekten Stellvertretung – keine Übertragung des Rechts, sondern höchstens ein jederzeit widerrufbares Nutzungsrecht eingeräumt werden.

Im Gegensatz zur gesetzlichen Stellvertretung steht das *va* aus § 1 Abs 2 DSG 2000 ableitbare informationelle Selbstbestimmungsrecht<sup>754</sup> der gewillkürten Stellvertretung nicht entgegen, denn diese beruht ja – wie der Name schon sagt – auf dem Willen des Vertretenen.

#### 7.3.5. Zustimmung durch einen gesetzlichen Vertreter

In Bezug auf die Selbstbestimmung problematischer ist die Rechtslage, wenn in Fällen der gesetzlichen Stellvertretung<sup>755</sup> eine Zustimmung zur Verwendung von Daten des Betroffenen gegeben werden soll. In diesen Fällen stehen einander das informationelle

---

752 Vgl § 3 PatVG, wonach der Patient bei der Errichtung der Verfügung einsichts- und urteilsfähig sein muss.

753 Bundesgesetz vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz), BGBl Nr 185/1983.

754 *Dohr/Pollirer/Weiss*, § 1 Rz 2 und 7.

755 Also für Minderjährige oder besachwaltete Volljährige.

Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen und seine – die gesetzliche Vertretung bedingende – Schutzwürdigkeit gegenüber. Grundsätzlich sind folgende Lösungsansätze denkbar:

1. Alleiniges Bestimmungsrecht des Vertretenen,
2. Alleiniges Bestimmungsrecht des Vertreters<sup>756</sup> oder
3. Mischformen, bei denen der Vertretene grundsätzlich selbst handelt, dem Vertreter aber ein Veto oder zwingendes Mitbestimmungsrecht für
  - a) alle<sup>757</sup> oder
  - b) einen Teil der Angelegenheiten<sup>758</sup> zukommt.

Auszuschließen ist das alleinige Bestimmungsrecht des Vertretenen, denn dies würde die gesetzliche Vertretung ad absurdum führen. Bei der gesetzlichen Stellvertretung Minderjähriger ist umso mehr auf den Willen des Kindes Bedacht zu nehmen, je einsichtiger es ist (§ 146 Abs 3 ABGB).

#### 7.3.5.1. Altersgrenzen bei der gesetzlichen Stellvertretung Minderjähriger

Es gibt zwei verfolgbare Ansätze zur Feststellung des Alters ab dem sich Minderjährige in Datenschutzangelegenheiten selbst vertreten können:

1. starre Altersgrenzen<sup>759</sup> nach dem Vorbild des § 151 ABGB oder
2. flexible Altersgrenzen<sup>760</sup> nach dem Vorbild des § 146c ABGB.

Auffallend ist, dass bei sensibleren Lebensbereichen wie etwa der Gesundheit auf flexible Altersgrenzen abgestellt wird<sup>761</sup>, bei weniger sensiblen – wie etwa Eigentum – auf die starren des § 21 Abs 2 ABGB. Außerdem gibt es in der jüngeren Gesetzgebung

---

756 ZB in Fällen, in denen der Vertretene sich gar nicht artikulieren kann, wie etwa im Koma.

757 Siehe zB §146c Abs 1 ABGB wonach das einsichts- und urteilsfähige Kind Einwilligungen in medizinische Behandlungen nur selbst erteilen kann.

758 Vgl die gesetzliche Vertretung von Minderjährigen.

759 Das ist die Einteilung der Geschäftsfähigkeit nach zurückgelegten Lebensjahren – dem ABGB entsprechend wären dies die Stufen 7, 14 und 18 Jahre, nach denen die unmündige Minderjährigkeit, die mündige Minderjährigkeit und die Volljährigkeit erreicht werden.

760 Das ist die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit nach der konkret vorliegenden Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Minderjährigen.

761 Arg: § 146c Abs 1 ABGB der vorsieht, dass die Einwilligungen in medizinische Behandlungen nur das einsichts- und urteilsfähige Kind selbst erteilen kann.

– besonders deutlich wird dies im Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001<sup>762</sup> – einen Trend zu flexiblen Altersgrenzen.

Die flexiblen Altersgrenzen ermöglichen die Selbstbestimmung des Kindes bereits vor Erreichen der starren Altersgrenzen. Dieser Ansatz führt tendenziell zu einer erhöhten Selbstbestimmung des Kindes, kann in der Praxis aber nicht einfach zu entscheidende Auslegungsprobleme aufwerfen, wenn es darum geht zu beurteilen, ob das Kind schon einsichts- und urteilsfähig ist. Genau umgekehrt verhält es sich bei der Lösung, die auf starre Altersgrenzen setzt. Hier tritt die Selbstbestimmung hinter den Verkehrsschutz zurück. Das Kind muss auf jeden Fall – also unabhängig von seiner persönlichen Entwicklung – das Erreichen der jeweiligen Altersgrenzen abwarten um rechtswirksam disponieren zu können. Dafür ist die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit für allfällige Verhandlungspartner des Kindes umso einfacher. Beim Vergleich der beiden Situationen fällt auf, dass im Fall der flexiblen Altersgrenzen – abgesehen von den Sorgegefühlen der Familie, Freunde, etc – keine Interessen Dritter an dem vorzunehmenden Eingriff besteht. Zudem liegt der Eingriff meist im vitalen Interesse des Kindes. Anders stellt sich die Lage im Fall des § 151 ABGB dar. Hier bestehen regelmäßig Interessen Dritter beispielsweise am Abschluss des Rechtsgeschäfts. Nachdem § 146c ABGB nur die Fälle der medizinischen Heilbehandlung als *lex specialis* regelt, fallen auch andere Verzichtsfälle in den Anwendungsbereich des § 151 ABGB. Einerseits profitieren Dritte von der einfachen Beurteilungsmöglichkeit andererseits sind nicht derart vitale Interessen des Kindes betroffen, wie im Falle des § 146c ABGB. Die Verschiebung der Wertung von erhöhter Selbstbestimmung hin zu erhöhtem Verkehrsschutz kann als hinter diesen Regelungen stehender Gedanke erkannt und verallgemeinert werden.

Angewandt auf die datenschutzrechtliche Problematik wäre erstens zu fragen, ob die Datenschutzinteressen des Kindes derart vital sind, dass sie flexible Altersgrenzen nach dem Vorbild des § 146c ABGB erfordern und ob Interessen anderer am Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz denkbar sind. Mit Blick auf § 1 Abs 2 DSG 2000 der die „*lebenswichtigen Interessen des Betroffenen*“ als Eingriffsermächtigung vorsieht – somit einen unbedingten Vorrang gesundheitlicher Interessen statuiert<sup>763</sup> – ist die erforderliche

---

762 Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001) BGBl I 2000/135.

763 Zum Verhältnis des Grundrechts auf Datenschutz zu anderen Grundrechten vgl Error: Reference source not found Kap Error: Reference source not found, Error: Reference source not found Error: Reference source not found.

Vitalität der Datenschutzinteressen zu verneinen. Außerdem bestehen oft Interessen anderer an der Verwendung von Daten. Angesichts der zuvor extrahierten Idee zur Unterscheidung der beiden Ansätze ist sohin klar, dass die Geschäftsfähigkeit von Kindern in Angelegenheiten des Datenschutzes nach den starren Altersgrenzen des § 21 Abs 2 ABGB zu beurteilen ist. Diese Schlussfolgerung stimmt auch mit der gesetzlichen Formulierung des § 146c ABGB überein, der ausdrücklich nur von Heilbehandlungen spricht.

#### 7.3.5.2. Berücksichtigung des Kindeswillen

Für die Eigenberechtigung im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit hat der Verfassungsgerichtshof bereits 1927<sup>764</sup> Folgendes festgestellt:

„Im Alter zwischen 7 und 14 Jahren, soll die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Kindes schon aus Rücksichten der Erziehung im Interesse der Religionsfreiheit geschützt werden, und zwar nötigenfalls auch gegenüber den Eltern<sup>765</sup>, wenn diese durch Zwang in die konfessionelle Einstellung ihrer Kinder durch die in ihrer Vertretung abgegebenen Erklärungen eingreifen wollten.“

Die unter 14-jährigen dürfen nach dieser Ansicht somit nicht selbst über ihre Glaubens- und Gewissensfreiheit disponieren, was sie nach dem oben entwickelten Ansatz eigentlich dürfen müssten, da es keinesfalls (berechtigte) Interessen Dritter an ihrer Religionswahl gibt. Für ein höchstpersönliches Recht könnte es – ebenso wie beim Grundrecht auf Datenschutz – an der Bedeutung des Schutzgegenstandes mangeln. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint aber besonders interessant, dass der Verfassungsgerichtshof als ultima ratio auch einen Schutz der Kinder gegenüber ihren Eltern anerkennt, „*wenn diese durch Zwang in die konfessionelle Einstellung ihrer Kinder [...] eingreifen wollten*“. Dies lässt zwei Möglichkeiten der Korrektur offen – nämlich den Ersatz der elterlichen Erklärung entweder durch das Kind oder auch einen Dritten. Um aber überhaupt eine Willensdiskrepanz zwischen Eltern und Kindern feststellen zu können, ist es notwendig den Kindeswillen zu kennen. Der Verfassungsgerichtshof geht somit – zumindest implizit – von einem Mindestmaß an Beachtlichkeit für den Kindeswillen aus.

### **7.4. Die jederzeitige Widerrufbarkeit**

Die jederzeitige Widerrufbarkeit bedeutet, dass die Zustimmung gemäß § 4 Z 14

---

764 VfGH vom 16.5.1927, B 437/1926 = VfSlg 800/1927.

765 Unterstreichung nicht im Original.

DSG 2000 nie endgültige, sondern nur vorübergehende Befugnis über die Daten des Betroffenen zu verfügen, verschaffen kann. Dies stellt für den Auftraggeber eine gewichtige Einschränkung dar, da er sich nicht darauf verlassen kann auch in Zukunft noch eine Rechtsgrundlage für seine Datenverwendungen zu haben. Dass diese Unsicherheit nicht unbedingt die praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts untergraben muss, zeigt etwa die jederzeit widerrufliche Prokura (§ 52 UGB<sup>766</sup>). Die jederzeitige Widerrufbarkeit hat erst mit den Änderungen des DSG 2000 Eingang in das österreichische Datenschutzrecht gefunden. Zuvor hatten zwar die §§ 7 und 18 DSG auf die schriftliche Widerrufbarkeit der Zustimmung hingewiesen, nicht erwähnt war jedoch, dass dieser Widerruf jederzeit geschehen könne. Nach der neuen Rechtslage besteht im Gegensatz zu früher auch kein Formerfordernis für den Widerruf.<sup>767</sup> Leider gibt es in den Materialien zum DSG 2000<sup>768</sup> weder Hinweise zur jederzeitigen Widerrufbarkeit noch zum Wegfall des Formerfordernisses.

Ob die jederzeitige Widerrufbarkeit auch die Geltendmachung beispielsweise begründeter Schadenersatzansprüche wegen Widerrufs – etwa zur Unzeit – verbietet oder nicht – dieses Problem scheint noch nicht einmal andiskutiert, geschweige denn gelöst zu sein. Einen interessanten Hinweis auf die Widerrufbarkeit enthalten die Materialien zu § 11a VersVG idF BGBl I 1999/150. Demnach ist „[d]er Rückgriff auf die Zustimmung des Betroffenen als Rechtsgrundlage der Verwendung sensibler Daten [...] nicht in jedem Falle tauglich, weil eine datenschutzrechtlich gültige Zustimmung jederzeit widerrufbar ist“.<sup>769</sup> Der Gesetzgeber hat sich zwar zu einem Ausschluss von Ansprüchen aus dem Widerruf nicht geäußert, allerdings bringt er durch die Verwendung des Begriffs „Willenserklärung“ in der Definition der Zustimmung (§ 4 Z 14 DSG 2000) zum Ausdruck, dass ein Rechtsfolgewille bei Erklärung der Zustimmung Voraussetzung ist. Denn es ist herrschende Ansicht, dass ohne den Willen Rechtsfolgen herbeizuführen, „keine wirksame Willenserklärung angenommen werden“<sup>770</sup> kann.

---

766 Unternehmensgesetzbuch (UGB), dRGI 1897/219 idF BGBl I 2009/71.

767 Grabenwarter, ÖJZ 2000, 864 würde es auch als Verstoß gegen Treu und Glauben werten, „wenn eine vorgedruckte Zustimmungserklärung eine Form des Widerrufs zur Bedingung seiner Gültigkeit macht, die ges[etzlich] gar nicht vorgeschrieben ist“. Ebenso Feil/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 303, die auch von einer Formfreiheit des Widerrufs – zumindest für die Einwilligung gemäß § 107 TKG 2003 – ausgehen.

768 ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP.

769 ErläutAB 2029 BlgNR 20. GP 1

770 Koziol/Welser I<sup>13</sup> 96; OGH 23.9.2008, 10 Ob 26/08h.

Die in den §§ 8 Abs 1 Z 2 und 9 Z 6 DSG 2000 normierte jederzeitige Widerrufbarkeit ist europarechtlich nicht in der Datenschutzrichtlinie sondern in der Telekom-Datenschutzrichtlinie<sup>771</sup> vorgesehen<sup>772</sup>, dh es hätte im „normalen“ Datenschutzrecht nicht umgesetzt werden müssen. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht davon aus, dass sie verfassungsrechtlich geboten ist.<sup>773</sup> Auch der Ansicht<sup>774</sup>, dass die jederzeitige Widerrufbarkeit aus dem allgemeinen Widerspruchsrecht (Art 14 DS-RL) abgeleitet werden könne, ist nicht zu folgen, da das Widerspruchsrecht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, wie etwa schutzwürdige Interessen (Art 14 Z 1 DS-RL) oder einen bestimmten Bereich (Art 14 Z 2 DS-RL). Dies ist bei der an keine Voraussetzungen geknüpften Widerrufbarkeit aber nicht der Fall.

#### 7.4.1. Funktion der jederzeitigen Widerrufbarkeit

Die jederzeitige Widerrufbarkeit bedeutet, dass es in Bezug auf den widerrufbaren Gegenstand – in diesem Fall also die Rechtsgrundlage für die Datenverwendung – keinen Rechtsanspruch gibt bzw nur soweit und solange der Inhaber dieses Gestaltungsrechts<sup>775</sup> – das ist der zum jederzeitigen Widerruf Befugte – dies zulässt. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen dieses Gestaltungsrecht eingeschränkt werden darf, beispielsweise durch die Zulässigkeit von Bedingungen bei Abschluss der Verwendungsvereinbarung oder Entschädigungsansprüchen bei Widerruf der Zustimmung zur „Unzeit“, wird noch zu klären sein<sup>776</sup>.

Auf Grund der zwingenden Bestimmung des § 4 Z 14 DSG 2000 ist ein Verzicht auf die jederzeitige Widerrufbarkeit – zumindest für Willenserklärungen, dh die einfachgesetzliche Zustimmung – nicht denkbar. Auch wenn für andere Formen der

---

771 Erwähnt wird die jederzeitige Widerrufbarkeit in EG 17, Art 6 Abs 3 und Art 9 Abs 1 RL 2002/58/EG.

772 Vgl die Definition in Art 2 lit h, wonach die Zustimmung bloß „ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage“ zu erfolgen hat.

773 BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 3.

774 Reimer in Jahnell/Sieglwart/Fercher 206 FN 66.

775 Unter einem solchen versteht die hA „die Rechtsmacht, durch einseitige Erklärung – ohne Mitwirkung eines anderen – eine Veränderung der bestehenden Rechtsverhältnisse herbeizuführen“ (Koziol/Welser, Grundriss I<sup>12</sup> 118).

776 S unten Kap 7.4.2, Wirkungen eines Widerrufs 191.

verfassungsrechtlichen Zustimmung wie etwa die Willensbetätigung<sup>777</sup> oder den Realakt<sup>778</sup> nicht von einer jederzeitigen Widerrufbarkeit iSd § 4 Z 14 DSG 2000 auszugehen ist.

#### 7.4.2. Wirkungen eines Widerrufs

*Feiell/Lehofer*<sup>779</sup> führen zum Widerruf aus: „Das Recht, Telefonwerbung abzulehnen, wird vom Gesetzgeber als so wesentlich eingestuft, dass er ausdrücklich jeden Einfluss eines Widerrufs der erteilten Einwilligung auf ein Vertragsverhältnis mit dem Adressaten dieses Widerrufs ausgeschlossen hat“. Diese Ansicht deutet darauf hin, dass mit einem Widerruf keine (negativen) Konsequenzen verbunden werden dürfen. Auch die ausdrückliche Erwähnung der jederzeitigen Widerrufbarkeit im DSG 2000 weist in diese Richtung. Da Dauerschuldverhältnisse jederzeit aus wichtigem Grund kündbar sind<sup>780</sup>, wäre die explizite Erwähnung der jederzeitigen Widerrufbarkeit sinnlos, würde sie nicht über diese Grundaussage zu Dauerschuldverhältnissen hinausgehen. Andererseits gibt es zB in § 42 Abs 1 Z 6 Arzneimittelgesetz (AMG)<sup>781</sup> bzw § 43 Abs 1 Z 5 AMG bei der Regelung der Widerrufbarkeit der Einwilligung einen ausdrücklichen Hinweis auf einen Ausschluss von Ansprüchen aus dem Widerruf. Weiters gibt es in anderen Gesetzen<sup>782</sup>, die beispielsweise die jederzeitige Widerrufbarkeit von Bestellungen vorsehen, ausdrückliche Hinweise auf die Unberührtheit von Schadenersatzansprüchen.

Wie schon so oft ist auch in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen echten und unechten Zustimmungen von Bedeutung. Ob ein Widerruf der gegebenen Zustimmung Konsequenzen haben darf oder nicht, hängt davon ab, ob eine echte oder

---

777 S oben Kap 5.3.2, Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Willensbetätigung 130.

778 S oben Kap 5.3.3, Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Realakt 131.

779 *Feiell/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 303.

780 *Koziol/Welser* II<sup>13</sup> 9.

781 „§ 42. (1) Die Klinische Prüfung eines Arzneimittels darf an Minderjährigen nur durchgeführt werden, wenn [...] die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann, ohne dass dem Minderjährigen dadurch ein Nachteil entsteht“.

782 § 11 Abs 2 Bundesgesetz, mit dem ein Bundesforschungs- und Ausbildungszentrum für Wald, Naturgefahren und Landschaft als Anstalt öffentlichen Rechts errichtet und das Bundesamt für Wald eingerichtet wird (BFW-Gesetz – BFWG) etwa lautet: „Die Bestellung zum Leiter kann unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft aus wichtigen Gründen jederzeit widerrufen werden.“



unechte Zustimmung vorliegt.

#### 7.4.2.1. Widerrufswirkungen bei echten Zustimmungen

In den Fällen echter Zustimmung dürfen grundsätzlich keine wie auch immer gearteten Ansprüche aus dem Widerruf abgeleitet oder Konsequenzen mit dem Widerruf verbunden werden, weil das Recht über die Verwendung seiner Daten zu entscheiden, in diesem Bereich, alleine dem Betroffenen zusteht. Man wird daher davon ausgehen müssen, dass jedenfalls solche Beschränkungen, die einen Widerruf regelmäßig verhindern<sup>783</sup>, unzulässig sind. Da Vertragsstrafen auch auf die Beeinflussung des Willens, insbesondere die Erhöhung des Willens die Vereinbarung einzuhalten, gerichtet und geeignet sind den Widerruf eines Betroffenen zu vereiteln, sind sie unzulässig.

Die jederzeitige Widerrufbarkeit tritt zu den Gültigkeitsvoraussetzungen des § 4 Z 14 DSG 2000, deren Zweck darin liegt, im Falle von Mängeln bei der Abgabe, die Zustimmung anfechten zu können, um so den Erklärenden vor nachteiligen Folgen der abgegebenen Erklärung zu schützen („Undo-Funktion“). Während mit Hilfe von Gültigkeitsvoraussetzungen die Zustimmung nur unter bestimmten Voraussetzungen rückgängig gemacht werden kann, ist dies mit dem bedingungslosen Widerruf jederzeit möglich. Der Widerruf ist bedingungslos, weil er nicht begründet werden muss. Der Auftraggeber hat grundsätzlich nämlich kein Recht zur Verwendung der Daten und leitet dieses alleine aus der gegebenen Zustimmung ab.

Der durch den jederzeitigen Widerruf eröffnete Rechtsschutz ist also weitaus größer als der durch die Gültigkeitsvoraussetzungen eröffnete. Wäre der jederzeitige Widerruf tatsächlich auf die konsequenzlose Umkehr der Zustimmung gerichtet, wäre die Statuierung der Gültigkeitsvoraussetzungen sinnlos, da der weitere und damit bessere Rechtsschutz durch den unbeschränkten Widerruf eröffnet würde. Da man dem Gesetzgeber nicht die sinnlose Regelung unterstellen kann, liegt die Vermutung nahe, dass die jederzeitige Widerrufbarkeit nicht zur völligen Unverbindlichkeit der Zustimmungserklärungen führen kann und das allgemeine Prinzip „pacta sunt servanda“ (§ 918 ABGB) nicht komplett beseitigt. Allerdings sind Schadenersatzansprüche kaum vorstellbar, da der Vertragspartner sich nicht darauf berufen kann, in seinem Vertrauen auf die legitimierte Verwendung der Daten verletzt zu sein, denn deren jederzeitige

---

<sup>783</sup> Zu denken wäre beispielsweise an hohe Ablöseverpflichtungen, Bloßstellung oder die Junktimierung mit sonstigen Nachteilen, die man nicht leichtfertig in Kauf nimmt.

Widerrufbarkeit muss ihm auf Grund der ausdrücklichen gesetzlichen Verankerung in § 4 Z 14 DSGVO 2000 bekannt sein. Schadenersatzansprüche – worunter auch pauschalierte wie etwa Vertragsstrafen fallen – können sich daher nicht auf den Widerruf einer einfachgesetzlichen Zustimmung stützen.

Dennoch gibt es zwei wichtige Ausnahmen vom grundsätzlichen Ausschluss von Ansprüchen nach erklärtem Widerruf und zwar:

1. Konsequenzen, die nicht vom Auftraggeber geschaffen werden und
2. Konsequenzen nach den Regeln über die Auflösung von Dauerrechtsverhältnissen<sup>784</sup>.

**Konsequenzen, die nicht vom Auftraggeber geschaffen werden**, sondern sich aus dem Widerruf reflexartig ergeben, wie etwa die Nichterbringung der Leistung, die die Verwendung der Daten zur Voraussetzung hätte, sind zulässig, da der Auftraggeber nicht über sie disponieren kann und sie in aller Regel auch gar nicht verhindern kann.

Auch **Konsequenzen, die sich aus der Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses ergeben** sind zulässig. Da das Grundrecht selbst nicht übertragbar ist, kann der Betroffene nur Nutzungsrechte einräumen. Ein Vertrag, in dem der Verwendung von Daten zugestimmt wird, ist daher als Dauerschuldverhältnis zu betrachten. Führt der Widerruf der Zustimmung zur Auflösung des Vertrags, so sind die Regeln über die Auflösung von Dauerschuldverhältnissen anzuwenden, dh die Rückabwicklung ex nunc<sup>785</sup>. *„Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass [eine] Rückabwicklung außerordentlich schwierig ist und überdies durch eine [Wirkung] ex tunc in Rechte Dritter eingegriffen und dadurch die Verkehrssicherheit beeinträchtigt werden könnte.“*<sup>786</sup>

Bei der Rückabwicklung sind die gegenseitigen Leistungen anteilig, dh entsprechend der Restdauer des Vertrags, zurückzustellen. Bei unbefristeten Verträgen ist bei immerwährender Dauer eine Laufzeit von 20 Jahren und bei unbestimmter oder auf Lebenszeit beschränkter Dauer eine Laufzeit von 10 Jahren anzunehmen (§ 58 Abs 1 JN). Somit steht etwa auch beim Verkauf der eigenen Daten, dem Vertragspartner doch

---

784 OGH 9.7.1991, 4 Ob 532/91: *„Die Grundsätze für die Auflösung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigen Gründen gelten nach nunmehriger Rechtsprechung auch für sonstige Dauerrechtsverhältnisse wie Dienstbarkeiten und ähnliche Gebrauchsrechte.“* Im Gegensatz zu den sonstigen Dauerrechtsverhältnissen ist ein wichtiger Grund ex lege nicht erforderlich, da der Widerruf nicht zu begründen ist.

785 OGH 29.8.1979, 6 Ob 641/79.

786 OGH 28.1.1986, 4 Ob 141/84.

ein gewisser Schutz zu, wenn es zum Widerruf der Zustimmung kommt. Dieser Schutz wird zwar aus dargelegten Gründen nicht in Form von Schadenersatzansprüchen gewährt, aber zumindest besteht die Möglichkeit für den Vertragspartner einen Teil seiner erbrachten Leistungen zurückzufordern und zwar jenen für den keine Zustimmung mehr bestand, da der Widerruf ex nunc<sup>787</sup> wirkt.

#### 7.4.2.2. Widerrufswirkungen bei unechten Zustimmungen

Zusätzlich zu den Rückforderungsmöglichkeiten die auch bei echten Zustimmungen bestehen, kommen bei unechten Zustimmungen auch alle Formen des Schadenersatzes in Betracht, da der Betroffene kein Recht zum Widerruf hat. Der Auftraggeber kann sich also aussuchen ob er entweder auf die weitere Ermöglichung der Datenverwendung dringt – also in den Fällen, in denen es der faktischen Mitwirkung des Betroffenen bedarf – oder Schadenersatz vom Betroffenen fordert.

---

<sup>787</sup> Hanreich in Duschaneck 77 f.

## **8. DISKUSSION DER PRAXISFÄLLE**

Für die oben in Kap 1.2, Fälle aus der Praxis 21 aufgezählten praktischen Beispielen werden nun auf Grundlage des Erarbeiteten konkrete Lösungen erarbeitet.

### **8.1. Zustimmung als Voraussetzung für Leistung**

#### **8.1.1. Zustimmung zur Datenverwendung bei der Vergabe von Förderungen (Fall c)**

##### **8.1.1.1. Gesetzliche Grundlage gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000**

Bei der Förderungsvergabe ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Angelegenheit der Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung handelt. Diese Unterscheidung ist notwendig, um beurteilen zu können ob eine allfällige Datenverwendung einer gesetzlichen Grundlage gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 bedarf oder nicht. In der Regel wird man bei der Förderungsvergabe von einer Angelegenheit der Privatwirtschaftsverwaltung gemäß Art 17 B-VG ausgehen können.<sup>788</sup> Im konkreten Fall, der auf eine Förderungsvergabe nach den Allgemeinen Förderungsrichtlinien des Landes Oberösterreich (AFRLOÖ) abzielt, stellt § 1 Abs 2 leg cit klar, dass nur Förderungen im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung umfasst sein sollen. Ähnliches gilt auch für die ARR 2004 des Bundes, die in § 5 Z 3 leg cit jegliche Förderungsvergabe in der Hoheitsverwaltung aus dem Anwendungsbereich der ARR 2004 ausnehmen. Es ist daher keine gesetzliche Grundlage erforderlich.

##### **8.1.1.2. Interessenlage**

Nun ist zu untersuchen, wie das Verlangen der Zustimmung zur Datenverwendung gemäß § 9 AFRLOÖ datenschutzrechtlich zu beurteilen ist: Bestehen für die angeführte Datenverwendung überwiegende berechnigte Interessen, so müssen die

---

<sup>788</sup> Vgl dazu etwa § 1 Abs 1 Z 3 Verordnung des Bundesministers für Finanzen über Allgemeine Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln (ARR 2004) BGBl II 2004/51, der als „Förderungen im Sinne dieser Verordnung [...] sonstige Geldzuwendungen privatrechtlicher Art, die der Bund in Ausübung der Privatwirtschaftsverwaltung (Art. 17 B-VG) [...] gewährt, ohne dafür unmittelbar eine angemessene, geldwerte Gegenleistung zu erhalten“ oder VfGH 24.2.2009, B 1781/08.

Voraussetzungen für Zustimmungen nicht erfüllt werden, da eine unechte Zustimmung<sup>789</sup> vorliegt. Genau dieses Problem wird im zweiten Absatz des § 9 Abs 2 AFRLOÖ angesprochen, wenn er festhält, dass sich das Land Oberösterreich im Fall des Widerrufs eine Interessenabwägung vorbehält. Eine weitere Vermischung zwischen dem verfassungsgesetzlichen Eingriffstatbestand „Zustimmung“ und den „überwiegenden berechtigten Interessen anderer“ findet in § 8 Abs 1 Z 3 AFRLOÖ statt. Dort wird statuiert, dass Förderungswerber der Datenverwendung gemäß § 9 zustimmen müssen. Die Pflicht zur Zustimmung zur Datenverwendung ist einer verpflichtenden Datenverwendung gleichzuhalten, weshalb die datenschutzrelevanten Bestimmungen der AFRLOÖ vor dem Hintergrund des Eingriffstatbestands „überwiegende berechnigte Interessen anderer“ zu sehen ist. Die datenschutzrelevanten Bestimmungen, das sind die §§ 8 f AFRLOÖ lauten:

#### **„Förderungserklärung**

**§ 8 .(1)** Förderungswerberinnen und Förderungswerber haben für den Fall der Gewährung einer Landesförderung die Erklärung abzugeben und sich insbesondere zu verpflichten,

1. die Allgemeinen Förderungsrichtlinien vollinhaltlich und verbindlich anzuerkennen;
2. die sich aus § 7 ergebenden Förderungsbedingungen und darüber hinaus vom Land erteilten Bedingungen, Auflagen oder Fristen einzuhalten bzw. zu erfüllen;
3. einer Datenverwendung bzw. Datenveröffentlichung gemäß § 9 zuzustimmen;
4. einer gemäß § 11 eintretenden Rückzahlungsverpflichtung nachzukommen.

(2) Bei Gewährung von Darlehen entfällt die Einholung einer gesonderten Erklärung gemäß Z. 1; diese Verpflichtungen sind als Darlehensbedingungen in den Schuldschein aufzunehmen.

#### **Datenverwendung bzw. Datenveröffentlichung**

**§ 9. (1)** Die im Förderungsansuchen enthaltenen sowie bei der Abwicklung und Kontrolle der Förderung anfallenden personenbezogenen und gemäß dem Datenschutzgesetz 2000, BGBl. I Nr. 165/1999 in der geltenden Fassung, automationsunterstützt verarbeiteten Daten können an

- die zuständigen Organe des Bundes,
- die zuständigen Landesstellen,
- den Oö. Landesrechnungshof für Prüfungszwecke,
- die Organe der EU für Kontrollzwecke,
- das beim Bundeskanzleramt eingerichtete Kontaktkomitee für die Koordinierung der Finanzierungs- und Förderungseinrichtungen,
- andere Förderungsstellen auf Anfrage, insoweit dies für deren Koordinationsaufgaben erforderlich ist, sowie an
- Dritte zum Zwecke der Erstellung der notwendigen wirtschaftlichen Analysen und Berichte über die Auswirkung der Förderung – unter Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen –

übermittelt werden.

(2) Name und Adresse der Förderungsempfängerinnen und Förderungsempfänger sowie Zweck, Art und Höhe der Förderung können in Förderberichte aufgenommen werden. Bei Förderungen ab einem Betrag von 4.000 Euro ist, sofern die Oö. Landesregierung nicht bestimmte Förderungsmaßnahmen davon ausnimmt, die Zustimmung der Förderungsempfängerin oder des Förderungsempfängers zur Veröffentlichung dieser Daten zum Zweck der Information der Öffentlichkeit und der Organe des Landes über die Verwendung von Fördermitteln des Landes Oberösterreich im Rahmen von Förderberichten, insbesondere im Internet, einzuholen.

Im Fall einer Nichtzustimmung oder eines schriftlichen Widerrufs der Zustimmung zur Veröffentlichung von Daten im Förderbericht des Landes Oberösterreich behält sich das Land Oberösterreich eine Prüfung vor, ob dennoch

---

789 S oben Kap 4.6.2.1, Echte und unechte Zustimmungen 90.

eine Übermittlung der Daten aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung oder Verpflichtung oder nach einem entsprechend positiven Ergebnis einer Interessenabwägung gemäß § 8 Abs. 1 Z. 4 DSGVO 2000 (Rechtfertigung durch überwiegend berechtigte Interessen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers oder eines Dritten) möglich ist.

(3) Name und Adresse der Förderungsempfängerinnen und Förderungsempfänger sowie Branche, Art und Inhalt des Projektes, Gesamt- und förderbare Projektkosten, Art und Höhe der Förderung und die programmbezogenen Indikatoren können für eventuelle Berichte im Rahmen des EU-Wettbewerbsrechts an die Wettbewerbsbehörde, bei EU-kofinanzierten Projekten eventuell auch an die im Zusammenhang mit der Begleitung der Zielprogramme bzw. der Gemeinschaftsinitiativen eingesetzten Begleitausschüsse und an die zuständigen EU-Finanzkontrollinstitutionen für EU-Strukturfondsmittel weiter gegeben werden.

(4) Gemäß § 8 Abs. 2 bis 4 des Oö. Landesrechnungshofgesetzes, LGBl. Nr. 38/1999 in der geltenden Fassung, werden allfällige Prüfungsberichte des Landesrechnungshofes den betreffenden Organen des Landes sowie der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht.“

§ 9 Abs 1 AFRLOÖ nennt in einer Art Generalklausel einerseits zuständige Bundes- und Landesbehörden als Datenempfänger – das ist datenschutzrechtlich unproblematisch, da auf die Zuständigkeit, dh auf die rechtliche Befugnis iSd § 7 DSGVO 2000 abgestellt wird. Dass die *zuständigen* Behörden, die Daten erhalten dürfen, setzt ihre Zuständigkeit dh eine gesetzlich übertragene Aufgabe voraus. Somit ist vom Vorliegen überwiegender berechtigter Interessen iSd § 1 Abs 2 DSGVO 2000 auszugehen. Auch für die Datenübermittlungen zu Prüfungs-, Kontroll- und Koordinierungszwecken nach den restlichen Spiegelstrichen des § 9 Abs 1 DSGVO 2000 bestehen überwiegende berechtigte Interessen. Da es sich bei den Fördermitteln um öffentliche Gelder handelt, gelten die bundesverfassungsrechtlichen Prinzipien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit – vgl nur die Prüfungskompetenz des Landes in Art 119a B-VG – auch für diese Mittelverwendung.

Problematischer gestaltet sich die in § 9 Abs 2 AFRLOÖ vorgesehene Veröffentlichung. Die Veröffentlichung der Daten ist der schwerwiegendste Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz, da nach der Veröffentlichung kein Anspruch auf Geheimhaltung mehr besteht (arg: „*wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit [...] einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind*“ § 1 Abs 1 DSGVO 2000). Als zulässige Zwecke wurden die oben genannten Prüfungs-, Kontroll- und Koordinierungszwecke erkannt, wodurch insbesondere (ungerechtfertigte) Doppelförderungen vermieden werden sollen. Die Veröffentlichung von Förderberichten dient einerseits der Transparenz und Nachvollziehbarkeit wie Fördergelder verwendet wurden und stärkt andererseits die Verteilungsgerechtigkeit als Doppelförderungen leichter erkannt und vermieden werden können. Auf der anderen Seite könnten sich Förderungsempfänger – vor allem von höheren Förderbeträgen – Anfeindungen anderer Personen, wie etwa unterlegener Förderungswerber, oder anderen negativen Auswirkungen<sup>790</sup> ausgesetzt

<sup>790</sup> EuGH Rs C-465/00 Rn 89: „Was andererseits die Schwere der Beeinträchtigung des Rechts der

sehen. Der EuGH hat etwa in einem Verfahren zwischen ORF und Rechnungshof festgestellt, dass *„der Rechnungshof und die verschiedenen parlamentarischen Organe zweifellos die Höhe der Personalkosten der verschiedenen öffentlichen Einrichtungen kennen [müssen], um die ordnungsgemäße Verwendung der öffentlichen Mittel kontrollieren zu können. Außerdem haben in einer demokratischen Gesellschaft die Steuerzahler und ganz allgemein die Öffentlichkeit einen Anspruch darauf, über die Verwendung der öffentlichen Gelder gerade im Bereich der Personalkosten informiert zu werden. Die Verbreitung solcher Informationen in einem Bericht kann zur öffentlichen Diskussion über Fragen von allgemeinem Interesse beitragen; sie dient daher dem öffentlichen Interesse.“*<sup>791</sup> Dennoch sind die *„differenziert ausgestalteten Berichtspflichten über die Ergebnisse der Gebarungsprüfung ausreichend [...], um eine ordnungsgemäße und effiziente Mittelverwendung sicherzustellen[. ... E]ine darüber hinausgehende namentliche Offenlegung der Bezüge [ist] für das vom Europäischen Gerichtshof anerkannte Ziel nicht notwendig und angemessen“*.<sup>792</sup>

Es ist auch hier davon auszugehen, dass eine namentliche Veröffentlichung unter Nennung des Betrags nicht erforderlich ist. Die getrennte Anführung der Förderungsempfänger sowie -beträge sollte sowohl dem öffentlichen Interesse an Information der Allgemeinheit und der Missbrauchsvermeidung als auch den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Förderungsempfänger gerecht werden.

### 8.1.2. Datenverwendung bei Onlineshops (Fall d)

Onlineshops sind „im Fernabsatz erbrachte Dienstleistungen“ iSd § 1 Abs 2 lit a NotifG 1999<sup>793</sup>. Der Betreiber bietet online Waren an und versendet sie an den Besteller. Im Gegensatz zur analogen Welt, leistet der Verkäufer vor. Es besteht daher für den Betreiber des Onlineshops ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis, um auch die versprochene Gegenleistung, dh die Zahlung des Käufers zu erhalten. Diesem

---

*Betroffenen auf Achtung ihres Privatlebens angeht, so ist nicht ausgeschlossen, dass diese Personen durch die negativen Auswirkungen der Veröffentlichung ihres beruflichen Einkommens insbesondere im Hinblick auf ihre Einstellungsmöglichkeiten bei anderen Unternehmen innerhalb oder außerhalb Österreichs, die nicht der Kontrolle des Rechnungshofes unterliegen, geschädigt werden können.“*

791 EuGH Rs C-465/00 Rn 85.

792 VfGH 28.11.2003 VfSlg 17.065/2003.

793 Notifikationsgesetz 1999 (NotifG 1999) BGBl I 1999/183.

Sicherungsbedürfnis wird dadurch Rechnung getragen, dass der Betreiber des Onlineshops, so viele und solche Daten des Bestellers abfragt, dass er diesen notfalls ausfindig machen und die Zahlung gegen ihn durchsetzen kann oder zumindest seine Vorleistung wieder zurückfordern kann. Zur Befriedigung des Sicherheitsbedürfnisses eignen sich vor allem Daten, die von dritter Seite bestätigt worden sind und entweder vom Betreiber überprüft werden können (Kreditkartendaten, Reisepassdaten, ZMR-Daten, etc...) oder vom Besteller nicht verändert werden können (biometrische Daten, Personenbindung<sup>794</sup> auf der Bürgerkarte, ...). Die Zulässigkeit von Sicherungsmaßnahmen<sup>795</sup> wie etwa dem Eigentumsvorbehalt dokumentieren das berechnete Sicherheitsinteresse bei Vorleistung. Dieses berechnete Sicherheitsinteresse ist insofern auch ein überwiegendes als der Betroffene – das ist der Besteller – die Verwendung seiner Daten, durch Nichtbenutzung des Onlineshops und Aufsuchen des normalen Geschäfts, umgehen kann.

Von der Zulässigkeit von Onlineshops sind auch alle für die Abwicklung – insbesondere Zahlungsabwicklung<sup>796</sup> – erforderlichen Datenverwendungen mitumfasst. Über die Vertragsabwicklung hinausgehende Datenverwendungen zB zu Marketingzwecken bedürfen einer gesonderten Rechtsgrundlage, dh idR einer echten Zustimmung.

### 8.1.3. Inanspruchnahme behördlicher Serviceleistungen (Fall e)

Zusätzliche Services die von Behörden angeboten werden führen idR zu Vereinfachungen für den Bürger, weil diese beispielsweise nicht mehr den Gang zur Behörde antreten müssen.

#### 8.1.3.1. Gesetzliche Grundlage gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000

Das Anbieten solcher Services stellt keine neue Aufgabe iSd § 8 Abs 4 Z 2 DSG 2000 dar, das nach den Bestimmungen über das Legalitätsprinzip einer gesonderten gesetzlichen Grundlage bedürfte – vielmehr handelt es sich um eine andere Art wie die Behörde ihre Aufgabenerfüllung organisiert.

---

<sup>794</sup> *Karning/Kustor*, E-Government, in *Bauer/Reimer* (Hrsg) Praxishandbuch Datenschutzrecht (2009) 231 (238).

<sup>795</sup> Vgl zum so genannten kurzfristigen Eigentumsvorbehalt *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> 411.

<sup>796</sup> Vgl § 99 Abs 2 TKG 2003 wonach ausnahmsweise auch Verkehrsdaten verarbeitet werden, wenn dies zur Verrechnung von Entgelten erforderlich ist.



### 8.1.3.2. Zwangsfreiheit

Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass jeder über einen eigenen Internetzugang verfügt, müssen Behörden auch weiterhin einen herkömmlichen Amtsweg ermöglichen (§ 1 Abs 1 E-GovG). Über die Wahlfreiheit der Kommunikationsart besteht für die Bürger auch weiterhin die Möglichkeit analog, dh mit einem geringeren Bedarf an Daten, mit der Behörde zu kommunizieren. Wenn das Serviceangebot (zB die Eröffnung des elektronischen Wegs) die Verwendung von Daten erfordert stellt dies keine sachwidrige Verknüpfung dar. Eine unzulässige Beeinträchtigung der Zwangsfreiheit erfolgt durch Bedingungen, die sich naturgesetzmäßig aus technischen Erfordernissen ergeben, nicht.

Wenn keine Konsequenzen<sup>797</sup> daran geknüpft werden, ob das Service in Anspruch genommen wird, ist die Zwangsfreiheit der Zustimmung gewährleistet.

Der Freiwilligkeit der Eintragung in das **Ergänzungsregister** ist durch § 6 Abs 1 Registerzählungsgesetz materiell derogiert worden, da für jene Personen für die noch keine bereichsspezifischen Personenkennzeichen (bPK) existieren, diese bei der Stammzahlenregisterbehörde (§ 7 E-GovG) zu beantragen sind. Die Freiwilligkeit der Anmeldung zu den **elektronischen Zustelldiensten** (§ 28 ZustG) ist nach wie vor unberührt. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen ist vielmehr durch ein explizites Verbot der Junktimierung (§ 29 Abs 4 ZustG) geschützt. Die „Befüllung“<sup>798</sup> des **Standarddokumentenregisters** kann gemäß § 17 Abs 1 E-GovG auch ohne Zustimmung des Betroffenen erfolgen. Bei der Abfrage ist entweder die Zustimmung des Betroffenen oder eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich (§ 17 Abs 2 E-GovG).

### 8.1.4. Verwendung von Gesundheitsdaten gemäß § 11a VersVG (Fall f)

#### 8.1.4.1. Zur gesetzlichen Grundlage des § 11a VersVG

Die Verwendung von Gesundheitsdaten im Zusammenhang mit Versicherungs-

---

<sup>797</sup> Vgl Vfslg 9.761/1983.

<sup>798</sup> Da es sich eigentlich um die Anfügung eines Prüfvermerks im Zentralen Melderegister handelt ist der Begriff der Befüllung nicht ganz zutreffend, soll aber der Verständlichkeit halber hier beibehalten werden.

verhältnissen ist in § 11a Versicherungsvertragsgesetz geregelt, der wie folgt lautet:

„§ 11a. (1) Der Versicherer darf im Zusammenhang mit Versicherungsverhältnissen, bei welchen der Gesundheitszustand des Versicherten oder eines Geschädigten erheblich ist, personenbezogene Gesundheitsdaten verwenden, soweit dies

1. zur Beurteilung, ob und zu welchen Bedingungen ein Versicherungsvertrag abgeschlossen oder geändert wird, oder
2. zur Verwaltung bestehender Versicherungsverträge oder
3. zur Beurteilung und Erfüllung von Ansprüchen aus einem Versicherungsvertrag

unerlässlich ist. Das Verbot der Ermittlung genanalytischer Daten gemäß § 67 Gentechnikgesetz bleibt unberührt.

(2) Versicherer dürfen personenbezogene Gesundheitsdaten für die in Abs. 1 genannten Zwecke nur auf folgende Art ermitteln:

1. durch Befragung der Person, die versichert werden soll oder bereits versichert ist, beziehungsweise durch Befragung des Geschädigten oder
2. anhand der vom Versicherungsnehmer oder vom Geschädigten beigebrachten Unterlagen oder
3. durch Auskünfte von Dritten bei Vorliegen einer für den Einzelfall erteilten ausdrücklichen Zustimmung des Betroffenen oder
4. zur Beurteilung und Erfüllung von Ansprüchen aus einem konkreten Versicherungsfall durch Auskünfte von untersuchenden oder behandelnden Ärzten, Krankenanstalten oder sonstigen Einrichtungen der Krankenversorgung oder Gesundheitsvorsorge über Diagnose sowie Art und Dauer der Behandlung, sofern der Betroffene dem ausdrücklich schriftlich zugestimmt und dies im Einzelfall nicht untersagt hat, oder
5. durch Heranziehung sonstiger, dem Versicherer rechtmäßigerweise bekanntgewordener Daten; diese sind dem Betroffenen mitzuteilen; es steht ihm das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Datenschutzgesetz 2000 zu.

(3) Soweit eine ausdrückliche, den einzelnen Übermittlungsfall betreffende Zustimmung des Betroffenen nicht vorliegt, dürfen Versicherer Gesundheitsdaten für die in Abs. 1 genannten Zwecke nur an folgende Empfänger übermitteln:

1. untersuchende oder behandelnde Ärzte, Krankenanstalten oder sonstige Einrichtungen der Krankenversorgung oder Gesundheitsvorsorge oder
2. Sozialversicherungsträger, Rückversicherer oder Mitversicherer oder
3. andere Versicherer, die bei Abwicklung von Ansprüchen aus einem Versicherungsfall mitwirken, oder
4. vom Versicherer herangezogene befugte Sachverständige oder
5. gewillkürte oder gesetzliche Vertreter des Betroffenen oder
6. Gerichte, Verwaltungsbehörden, Schlichtungsstellen und sonstige Einrichtungen der Streitbeilegung und ihre Organe, einschließlich der von ihnen bestellten Sachverständigen.

(4) Der Versicherer ist verpflichtet, auf Verlangen des Versicherungsnehmers oder jedes Versicherten Auskunft über und Einsicht in Gutachten zu geben, die auf Grund einer ärztlichen Untersuchung eines Versicherten erstattet worden sind, wenn die untersuchte Person der Auskunfterteilung beziehungsweise der Einsichtgewährung zustimmt.

(5) Gemäß Abs. 1 und 2 erhobene Gesundheitsdaten unterliegen dem besonderen Geheimnisschutz des § 108a VAG mit der Maßgabe, daß das Vorliegen eines berechtigten privaten Interesses an der Weitergabe außerhalb der Fälle der Abs. 1 und 3 ausgeschlossen ist. Derartige Daten sind umgehend zu löschen, sobald sie nicht mehr für einen rechtlich zulässigen Zweck aufbewahrt werden; dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit Gesundheitsdaten, die in Vorbereitung eines nicht zustande gekommenen Versicherungsvertrags erhoben wurden.“

Die Z 1 – 3 des § 11a Abs 2 VersVG<sup>799</sup> sind Paradebeispiele für unechte Zustimmungen<sup>800</sup>. Der Gesetzgeber hat zwar eine auf den Eingriffstatbestand „überwiegende berechnigte Interessen“ gestützte Eingriffsermächtigung vorgesehen<sup>801</sup>,

---

799 Versicherungsvertragsgesetz 1958 (VersVG) BGBl 1959/2.

800 Zum Begriff der unechten Zustimmung siehe oben Kap 4.6.2.1, Echte und unechte Zustimmungen 90.

801 Arg: „soweit dies“ zu den in Abs 1 Z 1 – 3 leg cit genannten Zwecken „unerlässlich ist“. Außerdem findet sich in den ErläutAB 2029 B1gNR 20. GP 1 der Hinweis, dass „[d]er Rückgriff auf die

doch wird das durch die gemäß Abs 2 und 3 leg cit erforderlichen Zustimmungen wieder verschleiert.

Das überwiegende berechnete Interesse ergibt sich daraus, dass nur die Kenntnis der wesentlichen Gesundheitsdaten eine Risikoeinschätzung durch den Versicherer ermöglicht. Es handelt sich dabei um einen Fall der naturgesetzmäßigen (reflexartigen) Verknüpfung, die als überwiegendes berechtigtes Interesse iSd § 1 Abs 2 DSGVO 2000 angesehen werden muss. Die Erstellung des Werks – in dem Fall die Durchführung der Versicherung – ist ohne die Kenntnis der Daten nicht (vernünftig) möglich.

§ 11a VersVG stellt eine gesetzliche Ausnahme vom Verwendungsverbot für besonders schutzwürdige (= innerstaatlich: sensible) Daten gemäß Art 8 Abs 4 DS-RL dar. Die in den Abs 2 und 3 des § 11a VersVG betonte Selbstbestimmung des Patienten stellt eine angemessene Garantie iSd Art 8 Abs 4 DS-RL dar. Sie darf jedoch nicht mit einer Zustimmung gemäß § 1 Abs 2 DSGVO 2000 verwechselt werden.

#### 8.1.4.2. Zulässigkeit der Vertragsverweigerung durch den Versicherer

Da keine Bestimmung aufgefunden werden konnte, die einen Kontrahierungszwang für Versicherungsunternehmen vorsieht ist grundsätzlich von Vertragsfreiheit auszugehen. Bei der Zulässigkeit der Vertragsverweigerung ist auf die Art und die Bedeutung der verweigerten für die Zwecke des Versicherungsunternehmens Rücksicht zu nehmen. Hinsichtlich aller Daten, die für den Versicherer tatsächlich erforderlich sind, liegt eine unechte Zustimmung vor, die ihm erlaubt den Vertrag bei Verweigerung der Zustimmung abzulehnen. Sollten erforderliche und nicht erforderliche Daten in einem Vertrag kombiniert sein und können diese nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand getrennt sein, so ist bei der rechtlichen Beurteilung auf das Überwiegen abzustellen. Wird die Zustimmung deswegen verweigert, wäre angezeigt die nicht erforderlichen Daten weg zu lassen.

---

*Zustimmung des Betroffenen als Rechtsgrundlage der Verwendung sensibler Daten [...] nicht in jedem Falle tauglich [ist], weil eine datenschutzrechtlich gültige Zustimmung jederzeit widerrufbar ist. Da die gesellschaftspolitische Notwendigkeit, durch Versicherungsvertrag private Vorsorge treffen zu können, aber außer Streit steht, kann Art. 8 Abs. 4 Richtlinie 95/46/EG wohl als Rechtsgrundlage herangezogen werden: Nach dieser Bestimmung kann aus wichtigen öffentlichen Interessen durch besondere gesetzliche Vorschrift die Zulässigkeit der Verwendung von sensiblen Daten in Fällen, die nicht von Art. 8 Abs. 2 oder 3 erfasst sind, vorgesehen werden. Voraussetzung dafür sind allerdings angemessene Garantien des Schutzes der Betroffenenrechte, die in solchen Rechtsvorschriften enthalten sein müssen.“*

### 8.1.5. Zustimmung im Rahmen der Sicherheitsüberprüfung (Fall g)

Bei der Untersuchung der §§ 55 ff SPG, betreffend die Sicherheitsüberprüfung von Personen, fällt die unklare Trennung zwischen echter und unechter Zustimmung auf.

#### 8.1.5.1. Unklare Zuordnung zu verfassungsgesetzlichen Eingriffsermächtigungen

Gemäß § 55a Abs 2 Z 1 SPG ist auf Ersuchen jener Behörde in der der Betroffene einen Arbeitsplatz von besonderer Wichtigkeit anstrebt, eine Sicherheitsüberprüfung durchzuführen. § 55b Abs 1 SPG allerdings sieht ua für diesen Fall vor, dass eine Sicherheitsüberprüfung nur auf Grund der Zustimmung des Betroffenen durchzuführen ist. § 55a Abs 2 SPG gründet sich auf die Eingriffsermächtigung aus überwiegendem berechtigten Interesse – § 55b Abs 1 SPG kehrt für den gleichen Fall jedoch den Zustimmungskarakter hervor. Es ist somit unklar, ob die Person, die sicherheitsüberprüft wird, zustimmen darf – das würde auch das Recht zur Verweigerung miteinschließen – oder zur Übermittlung der Daten verpflichtet ist. Nach den Materialien ist von einer Pflicht auszugehen: *„Während in § 55a Abs. 1 jene Fälle aufgezählt werden, in denen eine Sicherheitsüberprüfung erfolgen darf, erfaßt § 55a Abs. 2 jene Fälle, in denen eine Sicherheitsüberprüfung jedenfalls zu erfolgen hat [Anm: Hervorhebung nicht im Original].“*<sup>802</sup> Da die Sicherheitsüberprüfung der Sicherung der gesetzmäßigen Amtsausübung und der Geheimhaltung vertraulicher Informationen dient (§ 55a Abs 1 SPG) kann es nicht in der Disposition des Betroffenen stehen sich der Sicherheitsüberprüfung zu entziehen, da ansonsten der Zweck des § 55a Abs 1 SPG spielend leicht vereitelt werden könnte. Außerdem ist nicht von einem eigenen Interesse des Betroffenen auszugehen, die für die Sicherheitsüberprüfung erforderlichen Daten dem BMI zur Verfügung zu stellen. Für den Fall, dass dies jemand doch freiwillig tun möchte, ist ihm das auf Grund des verfassungsgesetzlichen Eingriffstatbestands „Zustimmung“ jederzeit möglich. Wie das BKA-VD zutreffend festgestellt hat, ist dafür auch keine gesetzliche Grundlage erforderlich.<sup>803</sup> Zusammenfassend muss daher von einer Übermittlungspflicht des Betroffenen ausgegangen werden. Da eine Pflicht besteht dürfen mit der Weigerung der Datenübermittlung auch negative Konsequenzen verbunden sein, wie zB die Ablehnung eines Bewerbers (§ 55a Abs 2 Z 1 SPG), wenn er sich weigert die erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen.

<sup>802</sup> ErläutRV 1479 BlgNR 20. GP 20.

<sup>803</sup> BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 3.

#### 8.1.5.2. Vorschlag einer legistisch klaren Regelung

Eine widerspruchsfreie Regelung müsste sich erkennbar auf eine der drei Eingriffsermächtigungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 stützen. Das bedeutet jedoch nicht, dass dies etwa in den Materialien oder gar im Gesetzestext erwähnt sein müsste. Vielmehr müsste Gesetzgeber eine Entscheidung treffen ob die Durchführung einer Sicherheitsüberprüfung obligatorisch ist. Die Bestimmung, die momentan für Unklarheit sorgt ist § 55b Abs 1 SPG, da § 55a Abs 2 SPG von einer Pflicht spricht und § 55b Abs 1 SPG von dem Erfordernis der Zustimmung. § 55b Abs 1 SPG lautet:

„§ 55b. (1) Außer in den Fällen des § 55a Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Z 2 ist eine Sicherheitsüberprüfung nur auf Grund der Zustimmung und einer Erklärung des Betroffenen hinsichtlich seines Vorlebens und seiner gegenwärtigen Lebensumstände (Sicherheitserklärung) durchzuführen. Die Zustimmung muß auch für die Übermittlung des Ergebnisses der Überprüfung an den Dienstgeber oder die anfragende Behörde vorliegen. Der Bundesminister für Inneres hat Muster der Sicherheitserklärung einschließlich der Zustimmungserklärung entsprechend den Geheimschutzstufen (§ 55 Abs. 3) mit Verordnung zu erlassen. Die Sicherheitserklärung eines Menschen, der Zugang zu streng geheimer Information erhalten soll, hat die Überprüfung auch jener Menschen vorzusehen, die mit dem Geheimnisträger im gemeinsamen Haushalt leben und volljährig sind.“

Eine klare Regelung könnte wie folgt aussehen:

„§ 55b. (1) Zur Durchführung der Sicherheitsüberprüfung hat der Betroffene eine Erklärung hinsichtlich seines Vorlebens und seiner gegenwärtigen Lebensumstände (Sicherheitserklärung) abzugeben. Die Ergebnisse der Überprüfung dürfen auch an den Dienstgeber oder die anfragende Behörde übermittelt werden. Der Bundesminister für Inneres hat Muster der Sicherheitserklärung entsprechend den Geheimschutzstufen (§ 55 Abs. 3) mit Verordnung zu erlassen. Die Sicherheitserklärung eines Menschen, der Zugang zu streng geheimer Information erhalten soll, hat die Überprüfung auch jener Menschen vorzusehen, die mit dem Geheimnisträger im gemeinsamen Haushalt leben und volljährig sind.“

Mit dieser Regelung wäre klargestellt, dass die Übermittlung der für die Sicherheitsüberprüfung notwendigen Daten verpflichtend wäre und nicht in der Disposition des Betroffenen liegt. Insofern wäre gegenüber der aktuellen Regelung Klarheit geschaffen.

#### 8.1.6. Einbindung von Lebensläufen in wissenschaftliche Arbeiten (Fall k)

Anhang I Punkt I.5 der Verordnung über die Formvorschriften bei der Einreichung wissenschaftlicher Arbeiten sieht vor, dass „[i]m Anhang [...] ein Lebenslauf mit Schwerpunkt auf den wissenschaftlichen Werdegang einzubinden“ ist. Diese Vorschrift ist richtigerweise als Pflicht formuliert – es besteht nämlich keine Wahlmöglichkeit des Studierenden ob er seinen Lebenslauf einbinden möchte oder nicht. Wenngleich die verwendeten Datenarten kaum schutzwürdig sind, besteht doch noch die Frage nach

der gesetzlichen Grundlage iSd § 1 Abs 2 DSG 2000.

Das Rundschreiben des BKA-VD zur legislativen Gestaltung von Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz<sup>804</sup> sieht eine genaue Determinierung dieser Eingriffe auf gesetzlicher Ebene – allerdings nur bei Eingriffen durch staatliche Behörden vor. Da die Benotung wissenschaftlicher Arbeiten gesetzlich (§ 73 Universitätsgesetz 2002 [UG 2002]) vorgesehen ist und beispielsweise auch die Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten gesetzlich einseitig angeordnet ist (§ 85 Universitätsgesetz 2002) muss man in diesem Bereich von Hoheitsverwaltung durch die Universität ausgehen. Sie bedürfte daher gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 einer detaillierten gesetzlichen Grundlage. Im formellen Sinn besteht eine solche nicht, da die einzige gesetzliche Bestimmung idZ der reichlich abstrakte § 19 Abs 2 Z 4 UG 2002 ist, wonach in der Satzung der Universität studienrechtliche Bestimmungen aufgenommen werden dürfen. Der auf dieser Grundlage ergangene § 17 Abs 3 des Teils Studienrecht der *Satzung Universität Wien* lautet wie folgt:

„(3) Die oder der Studienpräses hat nach Anhörung der Leiterin oder des Leiters der für Bibliotheksangelegenheiten zuständigen Dienstleistungseinrichtung in einer eigenen Verordnung nähere Bestimmungen hinsichtlich der Vorlage in elektronischer Fassung und der Publikation auf einem Hochschulschriftenserver festzulegen.“

Diese Bestimmung ist die Grundlage für die Verordnung über die Formvorschriften bei der Einreichung wissenschaftlicher Arbeiten<sup>805</sup> die in ihrem Anhang I ua Folgendes vorsieht:

„Im Anhang ist eine deutsche und nach Möglichkeit auch eine englische Zusammenfassung (Abstract, 1-2 Seiten) sowie ein Lebenslauf mit Schwerpunkt auf den wissenschaftlichen Werdegang einzubinden. Ist die Arbeit in einer Fremdsprache verfasst, ist im Anhang jedenfalls eine deutsche Zusammenfassung mitzubinden.“

Weder in der Satzung noch im UG 2002 wird die verpflichtende Einbindung der Lebensläufe geregelt. Es ist somit von einer unzureichenden gesetzlichen Grundlage auszugehen – va da auch die Determinierung der Verordnungsermächtigung (§ 19 Abs 2 UG 2002) nicht als ausreichend präzise angesehen werden muss.<sup>806</sup>

---

804 BKA-VD 14.5.2008, BKA-810.016/0001-V/3/2007, 5 ff.

805 MBI 2007/226, [http://www.univie.ac.at/mtbl02/2006\\_2007/2006\\_2007\\_226.pdf](http://www.univie.ac.at/mtbl02/2006_2007/2006_2007_226.pdf) (23.12.2009).

806 BKA-VD 14.5.2008, 810.016/0001-V/3/2007, 5 ff.

## **8.2. Veröffentlichungen**

### **8.2.1. Veröffentlichung von Gesundheitsdaten durch Sportler selbst (Fall b)**

Es handelt sich hier um einen Fall des § 9 Z 1 DSG 2000, wonach die Verwendung sensibler Daten keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen verletzt, wenn „*der Betroffene die Daten offenkundig selbst öffentlich gemacht hat*“.

Verfassungsrechtlich stützt sich die Veröffentlichung auch auf den Eingriffstatbestand „Zustimmung“. Dieser umfasst nicht nur das Zwangsverbot, sondern auch das Informationsgebot. Hinsichtlich das Zwangsverbots darf auf das bisher Gesagte verwiesen werden. Interessant ist im gegebenen Zusammenhang das Informationsgebot: Die Veröffentlichung stellt sich regelmäßig als Realakt<sup>807</sup> dar. Soweit sie vom Betroffenen selbst ausgeht ist sie unabhängig von einem Auftraggeber, weshalb auch keine Informationspflichten bestehen.

### **8.2.2. Veröffentlichung von Unterstützungserklärungen im Internet (Fall i)**

Es gilt das oben zu Kap 8.2.1, Veröffentlichung von Gesundheitsdaten durch Sportler selbst (Fall b) 206 Gesagte auch hier.

## **8.3. Zustimmungen in Verhältnissen besonderer Über- und Unterordnung**

Auch vermeintlicher Zwang wirkt nicht schwächer als wirklicher.<sup>808</sup> Deshalb ist in Situationen, die besonders geeignet sind den Betroffenen einzuschüchtern, weil aus einem Rechtsverhältnis andere Rechte (zB Kündigungsrechte in Miet- oder Arbeitsverhältnissen, Beurteilungsbefugnisse, ...) gegen den Betroffenen zustehen<sup>809</sup>, von einer Beeinträchtigung der Willensbildung auszugehen. Dies gilt umso mehr je intensiver die Position des Betroffenen von diesen anderen Rechten berührt wird.

---

807 S oben Kap 5.3.3, Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Realakt 131.

808 OGH 12.1.1961, 6 Ob 270/60 JBI 1961, 417 = MietSlg 8.558.

809 Beispiele dafür sind Arbeitsverhältnisse, das Verhältnis zwischen Kindern und Eltern, das Verhältnis zwischen Schülern und Schulen und vor allem auch das zwischen Bund und Strafgefangenen.

### 8.3.1. Zustimmung im arbeitsrechtlichen Kontext (Fälle a und I)

#### 8.3.1.1. Überwachung im Arbeitsverhältnis (Fall a)

Hier ist eine Zustimmung nicht die beste Wahl als Rechtsgrundlage, da nicht ohne Weiteres von Zwangsfreiheit auf Seiten des Arbeitnehmers ausgegangen werden kann<sup>810</sup>. Das bedeutet allerdings nicht, dass die berechtigten Interessen des Arbeitgebers hintangestellt werden müssen. Es ist vielmehr ein Verfahren einzurichten, das auf den Eingriffstatbestand „überwiegende berechtigte Interessen“ (§ 1 Abs 2 DSG 2000) gestützt werden kann, womit Zustimmungen nicht erforderlich sind. Auf Grund der Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz kommt der Beachtung des Gebot des gelindesten Mittels besondere Bedeutung zu. Grundsätzlich unterliegt die Regelung des Internetzugangs den §§ 96 f ArbVG<sup>811</sup>.

*Kotschy/Reimer*<sup>812</sup> haben gezeigt, wie im Wege stufenweiser<sup>813</sup> Kontrollverdichtung die einander widerstrebenden Interessen von Arbeitgeber – hier das Kontroll- bzw Eigentumsrecht – und Arbeitnehmer – da der Schutz der Privatsphäre – unter Berücksichtigung beider Positionen verhältnismäßig in Einklang gebracht werden können<sup>814</sup>: Auf eine Stufe der anonymen, automatisierten Überwachung folgt – im Fall des vereinbarungswidrigen Internetgebrauchs – eine zweite Stufe, in der der Arbeitgeber auf den vereinbarungswidrigen Internetgebrauch, die Abstellung dessen sowie die Möglichkeit der personenbezogenen Auswertung im Falle des Fortbestehens hinzuweisen hat. Falls der vereinbarungswidrige Gebrauch nicht abgestellt wird, darf der Arbeitgeber in einer dritten Stufe unter Einbezug des Betriebsrats eine personenbezogene Auswertung durchführen. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber verhältnismäßigere Maßnahmen wie etwa das Sperren unerwünschter Seiten vor der

---

810 *Kotschy/Reimer*, ZAS 2004, 169. *Lehner/Lachmayer*, Datenschutz im Verfassungsrecht, in *Bauer/Reimer* (Hrsg) Handbuch Datenschutzrecht (2009) 95 (101) lehnen die Freiwilligkeit der Zustimmung in Arbeits- und Mietverhältnissen sogar grundsätzlich ab.

811 *Oberhofer*, Datenschutz und Arbeitsrecht, in *Bauer/Reimer* (Hrsg) Handbuch Datenschutzrecht (2009) 457.

812 *Kotschy/Reimer*, ZAS 2004, 169.

813 Vgl zum Stufencharakter der Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie weiteren Nachweisen zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: *Novak*, Verhältnismäßigkeitsgebot 54 f.

814 MWN *Oberhofer* in *Bauer/Reimer* 464.



Durchführung von Überwachungsmaßnahmen gesetzt hat. Dieses Verfahren der stufenweisen Kontrollverdichtung ist zugeschnitten auf Überwachungsangelegenheiten.

#### 8.3.1.2. Die Verwendung sensibler Daten im Arbeitsverhältnis (Fall I)

Die Verwendung sensibler Daten im Arbeitsverhältnis ist nach dem Katalog des § 9 DSG 2000 nur sehr eingeschränkt zulässig. In Frage kommen vor allem die Zustimmung (Z 6 leg cit) und die Verwendung auf Grund besonderer arbeitsrechtlicher Vorschriften (Z 11 leg cit). Für die Übermittlung von Diagnosen gibt es keine rechtliche Grundlage iSd Z 11 leg cit. Einzig die Standardanwendung SA002<sup>815</sup> sieht in ihrer Z 37 vor, dass Beginn, Dauer und Ende von Krankenständen verarbeitet werden dürfen, allerdings nicht die Diagnosen. Eine andere Bestimmung auf die die Verwendung von Diagnosen gestützt werden könnte, ist nicht auffindbar.

Außerhalb des § 9 DSG 2000 stehen nach Ansicht des OGH nur gesetzliche Eingriffsermächtigungen für sensible Daten zur Verfügung. Da eine solche nicht vorliegt, ist die einzig verbleibende Rechtsgrundlage die Zustimmung des Betroffenen (§ 9 Z 6 DSG 2000). Hier ist allerdings wieder die Zwangsfreiheit gefordert. Bei der Androhung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Fall der Weigerung der Datenübermittlung ist das Zwangsverbot ganz offensichtlich verletzt. Derartige Zustimmungen können daher keine taugliche Rechtsgrundlage für die Verwendung von Diagnosedaten im Arbeitsverhältnis darstellen.

---

815 Anlage zur Standard- und Musterverordnung 2004 (StMV 2004) BGBl II 2004/312.

## **9. SCHLUSSTEIL**

### **9.1. Zusammenfassung**

In der vorliegende Arbeit wird versucht Abgrenzungskriterien zwischen zulässigem und unzulässigem Gebrauch datenschutzrechtlicher Zustimmungen anhand von Zustimmungsregelungen in der österreichischen Rechtsordnung zu erarbeiten. Nach der Auseinandersetzung mit dem Grundrecht auf Datenschutz und dem Begriff des subjektiven Rechts (*Kapitel 4*) wird die Rechtsnatur der Zustimmung (*Kapitel 5*) vor allem aus rechtsgeschäftlicher Sicht beleuchtet (*Kapitel 5.3*). In Kapitel 4 sind die Kapiteln über das Verhältnis der Eingriffsermächtigungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 untereinander (*Kapitel 4.7*) sowie das Verhältnis des einfachgesetzlichen Zustimmungsbegriff zum verfassungsgesetzlichen (*Kapitel 4.6.2.3*) enthalten. Schwerpunkt dieser Arbeit ist die Auseinandersetzung mit der Frage wann Zustimmungserklärungen erzwungen sind. Diese Frage wird im *Kapitel 6.1, Die Gültigkeit, insbesondere Zwangsfreiheit* intensiv behandelt. Dabei wird unterschieden zwischen echten Zustimmungsfällen, in denen keine überwiegende berechnigte Interessen anderer vorliegen und unechten Zustimmungsfällen, in denen überwiegende berechnigte Interessen anderer am Grundrechtseingriff bestehen und daher eigentlich eine Zustimmung gar nicht erforderlich ist. Zur Unterscheidung dieser Zustimmungsfälle (siehe *Kapitel 4.6.2.1*) bedarf es einer Interessenabwägung – für die hier auch eine mögliche Objektivierung (*Kapitel 4.6.3.3*) vorgeschlagen wird.

Die mit der Zustimmung als Willenserklärung verbundenen Fragen werden in *Kapitel 6.2* behandelt: insbesondere die Untersuchung der Zulässigkeit von Widerspruchsobliegenheiten (*Kapitel 6.2.2*), fingierten Zustimmungserklärungen (*Kapitel 6.2.3*) und ihr Unterschied zu konkludenten Zustimmungserklärungen sowie die Möglichkeiten zur Auflösung von Widersprüchen zwischen Zustimmungserklärungen (*Kapitel 6.2.4*).

Im zivilrechtlichen *Kapitel 7* wird besonders auf das *Kapitel 7.3* zur Stellvertretung sowie den Wirkungen eines Widerrufs (*Kapitel 7.4.2*) hingewiesen.

### **9.2. Executive Summary**

Object of this thesis is to elaborate criteria for distinguishing lawful from unlawful use of data subjects' consent by examining regulations dealing with consent. After discussion

of the right to privacy and the notion of subjective rights (chapter 4) light is shed on the legal nature of consent (chapter 5) with special respect to the doctrine of legal instruments (chapter 5.3). Chapter 4 covers the topic on the relation of the legal grounds to intervene subject to sect 1 para 2 DSG 2000 (chapter 4.7) as well as the relation of the concept of consent as regulated by normal and constitutional law (chapter 4.6.2.3).

The emphasis of this thesis is on the detection under what circumstances are declarations of consent not freely given, which is intensively dealt with in chapter 6.1. By doing so it is necessary to distinguish between cases of true and fake consent. Cases of true consent are characterised by the lack of overriding legitimate interests whereas cases of fake consent feature overriding legitimate interests, which actually make consent needless. To be able to distinguish those cases of consent (chapter 4.6.2.1) it is necessary to weigh up the involved interests. A possibility to objectify that process is proposed (chapter 4.6.3.3).

Questions related to the quality of consent being a declaration of intent are covered in chapter 6.2: especially the examination on the lawfulness of obligations to object (chapter 6.2.2), fictitious declarations of consent (chapter 6.2.3) and how they differ from implied declarations of consent as well as the possible solutions how to resolve contradictions between declarations of consent (chapter 6.2.4).

The civil-right chapter 7 comprises above all chapter 7.3 on representation and chapter 7.4.2 on the consequences of exercising one's right to object.

### **9.3. Akademischer Lebenslauf**

März 2003	Abschluss des Diplomstudiums der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
Juli 2003 – Februar 2008	Legistischer Mitarbeiter in der Abteilung V/3 (Datenschutz) des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst
Frühjahr 2004	<i>Kotschy/Reimer</i> , Die Überwachung der Internet-Kommunikation am Arbeitsplatz, ZAS 2004,167
Sommer 2005	Mitarbeit an der Kommentierung des litauischen Datenschutzgesetzes

Sommer 2006	Co-Autorenschaft für eine Rechtsvergleich Österreich-Tschechien zum Datenschutz im Arbeitsrecht
Sommer 2007	<i>Reimer</i> , Verfassungs- und europarechtliche Überlegungen zur datenschutzrechtlichen Zustimmung in <i>Jahnel/Siegwart/Fercher</i> (Hrsg), Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts
Frühjahr 2008	<i>Reimer</i> , Überlegungen zu einer abstrakten Überwachungsregelung in <i>Jahnel</i> (Hrsg), Jahrbuch Datenschutz und E-Government 2008
Herbst 2009	Herausgabe des Handbuchs Datenschutzrecht gemeinsam mit Dr. Lukas Bauer
März 2008 – September 2009	hauptverantwortlicher Legist für das Projekt ELGA im Bundesministerium für Gesundheit

## **10. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

AA	Anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABB	Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946
ABI	Amtsblatt
Abs	Absatz
AcP	Archiv der civilistischen Praxis
ÄrzteG	Ärztegesetz 1998, BGBl I 1998/169
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AMAG	AMA-Gesetz 1992, BGBl 1992/376
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl 1969/31
AMG <sup>816</sup>	Bundesgesetz vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz), BGBl 1983/185
Anm	Anmerkung(en)
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl Nr 1974/22
ARR 2004	Verordnung des Bundesministers für Finanzen über Allgemeine Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln, BGBl II 2004/51
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, BGBl 1955/189
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl 1993/459
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz 1920 in der Fassung 1929
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl 1979/333
BDSG	(deutsches) Bundesdatenschutzgesetz

---

816 Da es keine gesetzliche Abkürzung für das Arzneimittelgesetz gibt, wird die naheliegende Variante „AMG“ herangezogen.

BGBI	Bundesgesetzblatt
BHG	Bundeshaushaltsgesetz, BGBl 1986/213
BKA	Bundeskanzleramt
BKA-DSV	Verordnung des Bundeskanzlers vom 20. Dezember 1988 zur Durchführung des Datenschutzgesetzes im Wirkungsbereich des Bundeskanzleramtes, BGBl 1988/756
BKA-VD	Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
BlgNR	Beilagen zum Nationalrat
bPK	bereichsspezifisches Personenkennzeichen (§§ 9 ff E-GovG)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerfGE	Entscheidung(en) des Bundesverfassungsgerichtes
BWG	Bankwesengesetz, BGBl 1993/532
CR	Computer und Recht (deutsche Zeitschrift)
DiplA	Diplomarbeit
Diss	Dissertation
DRG 2006	Deregulierungsgesetz 2006, BGBl I 2006/113
DS-RL	Richtlinie 95/46/EG über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI EG Nr L 1995/281, 31
DSG	Datenschutzgesetz, BGBl 1978/565 aufgehoben durch BGBl I 1999/165
DSG 2000	Datenschutzgesetz 2000, BGBl I 1999/165
DSK	Datenschutzkommission
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (deutsche Fachzeitschrift)
E-GovG	E-Government-Gesetz
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EDVuR	EDV und Recht (österreichische Zeitschrift – eingestellt 1994)
EG	Erwägungsgrund bzw Europäische Gemeinschaft(en)

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELGA	Elektronische Gesundheitsakte
ELSY	Elektronisches Verwaltungssystem gemäß § 31a ASVG
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1958/210
EPA	Elektronische Patientenakte
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErläutAB	Erläuterungen zum Ausschussbericht
EuGH	Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift (deutsche Zeitschrift)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Entscheidungsrubrik der ÖJZ)
f	folgende
ff	fortfolgende
FMA	Finanzmarktaufs
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz, BGBl 1992/275
FN	Fußnote
FPG 2005	Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl I 2005/100
FS	Festschrift
G	Gesetz
GewO 1994	Gewerbeordnung 1994, BGBl 1994/194
GG	(deutsches) Grundgesetz
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz, RGBl 1896/217
GP	Gesetzgebungsperiode
GspG	
GTG	Gentechnikgesetz, BGBl 1994/510

H	Heft
hA	herrschende Ansicht
HGR	Handbuch Grundrechte
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber(in)
IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
idZ	in diesem Zusammenhang
ieS	im engeren Sinn(e)
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des/der
iwS	im weiteren Sinn(e)
JBI	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung
JN	Jurisdiktionsnorm, RGBI 1895/111
JRP	Journal für Rechtspolitik
JUS	(österreichische Fachzeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, BGBl 1957/1
Kap	Kapitel
leg cit	legis citatae
lit	litera
LMG	Lebensmittelgesetz 1975, BGBl 1975/86
LSK	Leitsatzkartei
MBI	Mitteilungsblatt (Publikationsorgan der Universität Wien)



MedR	Medizinrecht (deutsche Fachzeitschrift)
MietSlg	Sammlung der mietrechtlichen Entscheidungen
MMHmG	Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz, BGBl I 2002/169
MR	Medien und Recht
MRG	Mietrechtsgesetz, BGBl 1981/520
MS	Mitgliedstaat(en)
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NO	Notariatsordnung, RGBl 1871/75
NotifG 1999	Notifikationsgesetz 1999, BGBl I 1999/183
NR	Nationalrat
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (deutsche Fachzeitschrift)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung
ÖStZ	Österreichische Steuerzeitung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
PassG	Passgesetz, BGBl 1992/839
PatVG	Patientenverfügungs-Gesetz, BGBl I 2006/55
PersFrG	Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit (Schutz der persönlichen Freiheit) BGBl 1988/684
RdA	Recht der Arbeit
RdM	Recht der Medizin
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBl	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie

RIS	Rechtsinformationssystem (des Bundes), im Internet unter <a href="http://www.ris.bka.gv.at">http://www.ris.bka.gv.at</a> zu finden
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SCHUFA	Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung (in Deutschland)
SozSi	Soziale Sicherheit (österreichische Fachzeitschrift)
SSt	Entscheidungen des OGH in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten
StGB	Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60
StGG	Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGGBl 1867/142
TKG 2003	Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 2003/ 70
TSchG	Tierschutzgesetz, BGBl I 2004/18
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz (in Schleswig-Holstein)
Uni	Universität
UOG	Universitäts-Organisationsgesetz
USA	United States of America
uU	unter Umständen
va	vor allem
VerG	Vereinsgesetz, BGBl I 2002/66
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz 1958, BGBl 1959/2
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

ZÄG	Zahnärztegesetz, BGBl I 2005/126
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
Z	Ziffer
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZfVB	Beilage zur Zeitschrift für Verwaltung
ZfVBDat	Datenschutzrechtliche Beilage zur Zeitschrift für Verwaltung
ZivMediatG	Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl I 2003/29
ZI	Zahl
ZÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZP-EMRK	Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention
ZPO	Zivilprozessordnung, RGBl 1895/113
ZustG	Zustellgesetz, BGBl 1982/200
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

## 11. LITERATURVERZEICHNIS

*Aristoteles*, Nikomachische Ethik

*Alexy*, Theorie der Grundrechte (1985)

*Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (1991)

*Beckermann*, Schließt biologische Determiniertheit Freiheit aus? in *Hermann/Koslowski*, Der freie und der unfreie Wille – philosophische und theologische Perspektiven (2004) 19

*Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1879)

*Bentham*, Principles of the Civil Code, in *Bowring* (Hrsg) The works of Jeremy Bentham (1843) 299

*Berka*, Der Freiheitsbegriff des „materiellen Grundrechtsverständnisses“ in FS *Schambeck* (1994) 339

*Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983, 281

*Berka*, Die Grundrechte (1999)

*Berka*, Konkretisierung und Schranken der Grundrechte, ZÖR 54 (1999) 31

*Binder*, Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) – Überlegungen zur neuen Judikatur des VfGH, ÖZW 1988, 1

*Bleckmann*, Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, 57

*Borowski*, Grundrechte als Prinzipien – Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte (1998)

*Bouillon*, Freiheit, Liberalismus und Wohlfahrtsstaat (1997)

*Brieskorn*, Verzicht und Unverzichtbarkeit im Recht (1988)

*Brockhaus*, Enzyklopädie XXX<sup>21</sup> (2006)

*Brühann*, Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union<sup>2</sup>, Bd II, A 30

*Brühann*, DuD 1996, 66

*Bull*, Reasonable Expectations of Privacy, in *Bizer et al* (Hrsg), Innovativer Datenschutz 1992 – 2004 – Wünsche, Wege, Wirklichkeit – Für Helmut Bäumler (2004) 85

*Bundesministerium für Finanzen*, Ausgliederungshandbuch (2003)

*Burckhardt*, Weltgeschichtliche Betrachtungen (1978)

*Busch*, Die moralische und soziale Arithmetik Bentham's (1937)

*F. Bydlinski*, Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht, ZÖR 12 (1963) 423

*F. Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBI 1965, 173

*F. Bydlinski*, Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht in *Rack*, Grundrechtsreform (1985) 173

*F. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I – Allgemeiner Teil<sup>2</sup> (2000)

*F. Bydlinski*, Die "Umrechnung" immaterieller Schäden in Geld, in *Koziol/Spier* (Hrsg) Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 27

*Conrad*, Kundenkarten und Rabattsysteme, DuD 2006, 405

*Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (1997)

*Davy*, Ungesunde Rechtsverhältnisse – Juristische Konfliktregelung im Widerstreit von Weltbildern, JRP 1994, 20

*Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz*, 19. Tätigkeitsbericht (2000)

*Dittrich/Tades*, ABGB<sup>35</sup> (1999)

*Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar Datenschutzrecht<sup>2</sup> (2005)

*Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000)

*Duschanek*, Geheimnisschutz und Datenschutzgesetz, in *Ruppe* (Hrsg) Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 295

*Duschanek*, Kommentierung zu § 1 DSG 2000 in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar (Loseblattausgabe), 7. Lfg (2005)

*Duschanek*, Die Entwicklung des Datenschutzes in Österreich in *Bauer/Reimer* (Hrsg), Handbuch Datenschutzrecht (2009) 43

*Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000)

*Dürig*, Grundrechte und Privatrechtsprechung in FS Nawiasky (1956)

*Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963)

*Evers*, Der Schutz des Privatlebens und das Grundrecht auf Datenschutz in Österreich, EuGRZ 1984, 281

*Fabrizyl/Foregger*, Kommentar Strafgesetzbuch<sup>9</sup> (2006)

*Faden/Beauchamp*, A history and theory of informed consent (1986)

*Feiell/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004)

*Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation – Öffentlichkeitsarbeit, Aufklärung, Empfehlung, Warnung, Forschungen aus Staat und Recht 148 (2007)

*Forgó*, Zur Theorie der Sprachlichkeit des Rechts (1997)

*Frankfurt*, Freiheit und Selbstbestimmung (2001)

*Freisinger*, Drittwirkung der Grundrechte unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechts auf Datenschutz, DiplA Uni Innsbruck (1990)

*Fuchs*, Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil 1<sup>4</sup> (2000)

*Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre, JRP 2000, 65

*Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar ( )

*Grabenwarter*, Datenschutzrechtliche Anforderungen an den Umgang mit Kundendaten im Versandhandel, ÖJZ 2000, 861

*Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005)

*Griller*, Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private, JBl 1992, 205 und 289

*Griller*, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1, 109

*Gutknecht*, Interessenabwägung bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung – Relevanz und Bewertung der Interessen, ZVB 2001/30

*Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff (2001)

- Hable/Kunnert/Pürgy*, Österreichisches Handbuch „Bessere Rechtsetzung“ (2008)
- Hanreich*, Zivilrechtliche Probleme des DSG, in *Duschanek* (Hrsg), Datenschutz in der Wirtschaft (1981) 69
- Hayek*, Die Verfassung der Freiheit<sup>2</sup> (1983)
- Hinteregger*, Der Schutz der Privatsphäre durch das österreichische Schadenersatzrecht – de lege lata et de lege ferenda, in *Koziol/Spier* (Hrsg) Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 143
- Holoubek*, Die Interpretation der Grundrechte in der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg) Grund- und Menschenrechte in Österreich I (1991) 65
- Holznagell/Sonntag* Einwilligung des Betroffenen, in *Roßnagel* (Hrsg), Handbuch Datenschutzrecht (2003)
- Hütter*, Das Problem der „Interessenabwägung“ – Eine philosophische Reflexion, JRP 1999, 160
- Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1851, Nachdruck 2006)
- IBM*, Machbarkeitsstudie betreffend Einführung der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) im österreichischen Gesundheitswesen (2006)
- Iraschko-Luscher*, Einwilligung – ein stumpfes Schwert des Datenschutzes, DuD 2006, 706
- Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000, in FS *Schäffer* (2006) 313
- Jahnel*, Datenschutzrecht in *Jahnel/Schramml/Staudegger* (Hrsg), Informatikrecht (2000) 241
- Jahnel*, Spamming, Cookies, Logfiles und Location Based Services im TKG 2003, ÖJZ 2004, 336
- Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892)
- Jhering*, Zweck im Recht I<sup>6-8</sup> (1923)
- Jhering*, Zweck im Recht II<sup>5</sup> (1916)

- Kamp/Weichert*, Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit – Chancen und Risiken für Verbraucher, Studie des Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) im Auftrag des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft (BMELV)2006, [http://www.bmelv.de/cln\\_045/nn\\_752314/SharedDocs/downloads/02-Verbraucherschutz/Finanzdienstleistungen/scoring\\_templateId=raw,property=publicationFile.pdf/scoring.pdf](http://www.bmelv.de/cln_045/nn_752314/SharedDocs/downloads/02-Verbraucherschutz/Finanzdienstleistungen/scoring_templateId=raw,property=publicationFile.pdf/scoring.pdf) (22.06.2008)
- Karning/Kustor*, E-Government, in *Bauer/Reimer* (Hrsg) Praxishandbuch Datenschutzrecht (2009) 231
- Kelsen*, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> (1960)
- Kesting*, Was sind Handlungsmöglichkeiten? (2001)
- Kinscher/Pallege-Barfuß*, Die Gewerbeordnung<sup>7</sup> (2005)
- Knyrim*, Datenschutzrecht – Leitfaden für richtiges Registrieren, Verarbeiten, Übermitteln, Zustimmung, Outsourcen, Werben uvm (2003)
- Köck*, Inkonsistenzen im Strafdrohungssystem, ÖJZ 2001, 261
- Koller*, Eine neue Wiener Schule der Reinen Rechtslehre? JBI 1994, 200
- Koller/Singer/Steinmaurer*, Datenschutz und Telekommunikation, in *Bauer/Reimer* (Hrsg) Handbuch Datenschutzrecht (2009) 419
- König*, Videoüberwachung (2001)
- Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates: taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002) 197
- Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, Forschungen aus Staat und Recht 82 (1988)
- S Korinek*, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBI 1999, 149
- K Korinek*, Gedanken zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten in FS *Merkl* (1970) 171
- Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS *Walter* (1991) 363
- Kotschy*, Kommentierung zu § 3 in *Matzka* (Hrsg), Datenschutzrecht für die Praxis



(1986)

*Kotschy/Reimer*, Die Überwachung der Internet-Kommunikation am Arbeitsplatz,  
ZAS 2004, 167

*Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I<sup>10</sup> (1995)

*Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>12</sup> (2006)

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> (2006)

*Kucsko-Stadlmayer*, Der Verzicht auf öffentliche Rechte, in FS *Koja* (1998) 569

*Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421

*Lehne*, Grundrechte achten und schützen? – Liberales Grundrechtsverständnis 1849,  
JBI 1985, 129, 216

*Lehne*, Grundrechte achten und schützen? – 1862 und 1867, JBI 1986, 341, 424

*Lehner/Lachmayer*, Datenschutz im Verfassungsrecht, in *Bauer/Reimer* (Hrsg)  
Handbuch Datenschutzrecht (2009) 95

*Leibniz* in *Cassirer* (Hrsg), Philosophische Werke II (1906)

*Lewisch*, Strafrecht – Besonderer Teil I<sup>2</sup> (1999)

*Loeb*, Zur Lehre vom „Zwang“ und der „Zwangslage“ bei Vertragsabschluß, ÖJZ 1947,  
364

*Loebenstein*, Die Zukunft der Grundrechte, JBI 1986, 137

*Malacrida*, Grundrechtsverzicht, Diss Uni Zürich (1992)

*Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung,  
ÖJZ 1994, 681

*Mayer*, Der „Rechtserzeugungszusammenhang“ und die sogenannte „Drittwirkung“ der  
Grundrechte, JBI 1990, 768

*Mayer*, Nochmals zur sogenannten „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBI 1992, 768

*Mayer*, Willensmängel im öffentlichen Recht – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des  
§ 7 Abs 1 Z 2 DSG, ecolex 1992, 812

*Mayer-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz<sup>2</sup> (2005)

*Menzel*, Datenschutzrechtliche Einwilligungen in medizinische Forschung, *MedR* 2006, 702

*Mill*, Utilitarianism (2007)

*Mittelstraß*, Enzyklopädie – Philosophie und Wissenschaftstheorie I (1995)

*Mittelstraß*, Enzyklopädie – Philosophie und Wissenschaftstheorie II (1995)

*Mittelstraß*, Enzyklopädie – Philosophie und Wissenschaftstheorie IV (1996)

*Mosing/Otto*, Spamming neu!, *MR* 2003, 267

*von Mutius*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Einwilligung im Datenschutzrecht – Datenschutz und Datensicherheit zwischen subjektiv-rechtlicher Gewährleistung und objektiv-rechtlichem Schutzauftrag, in *Bizer et al* (Hrsg), *Innovativer Datenschutz 1992 – 2004 – Wünsche, Wege, Wirklichkeit – Für Helmut Bäumler* (2004) 101

*Münch*, Zur Drittwirkung der Grundrechte (1998)

*Mulgan*, understanding utilitarianism (2007)

*Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat (1967)

*Neuner*, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (2007)

*Nießen*, Die Wirkung der Grundrechte im deutschen und italienischen Privatrecht (2004)

*Novak*, Das „differenzierte Legalitätsprinzip“ in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, in *FS Adamovich* (1992) 491

*Novak*, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz in *FS Winkler* (1989) 39

*Novak*, Zur Drittwirkung der Grundrechte, *EuGRZ* 1984, 133

*Oberhofer*, Datenschutz und Arbeitsrecht, in *Bauer/Reimer* (Hrsg) *Handbuch Datenschutzrecht* (2009) 457

*Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>4</sup> (1999)

*Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> (2003)

*Ossenbühl*, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation in *Merten/Papier* (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte I* (2004)

*Peter*, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, *Diss Uni Zürich* (1994)

- Petri*, Datenschutz und Privatwirtschaft, in *Bizer et al* (Hrsg), Innovativer Datenschutz 1992 – 2004 – Wünsche, Wege, Wirklichkeit – Für Helmut Bäumler (2004) 221
- Pircher*, Das Verhältnis der Einwilligung zum Behandlungsvertrag, RdM 1999, 171
- Pürgy/Zavadil*, Die „staatliche Behörde“ im Sinne des § 1 Abs 2 DSG 2000, in *Bauer/Reimer* (Hrsg) Handbuch Datenschutzrecht (2009) 141
- Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998)
- Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003)
- Reichel*, Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte (1931)
- Reimer*, Verfassungs- und europarechtliche Überlegungen zur datenschutzrechtlichen Zustimmung, in *Jahnel/Siegwart/Fercher* (Hrsg) Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 183
- Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997)
- Riegler/Trappitsch*, Datenübermittlung und Zustimmungsproblematik im Datenschutzgesetz, RdW 2005, 341
- Rill*, Das Grundrecht auf Datenschutz, in *Duschanek* (Hrsg), Datenschutz in der Wirtschaft (1981) 15
- Roncoroni/Schöbi*, Volenti non fit Iniuria, in *Koziol/Spier* (Hrsg) Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 319
- Röhsner*, Aufkündigungsverfahren und Datenschutz (Die Verwendung personenbezogener Daten im Zivilprozess), immolex 2000, 349
- Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes (2001)
- Schaar*, Elektronische Einwilligung in *Bäumler/Breinlinger/Schrader* (Hrsg), Datenschutz von A – Z (2000) E 390
- Schaar*, Modernisierung des Datenschutzes: Ethik der Informationsgesellschaft, DuD 2007, 259
- Schäffer*, Bürgernahe Gesetzgebung, RZ 1989, 150
- Schambeck*, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsinterpretation in Österreich,

JB1 1980, 225

*Schelsky*, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation (1961)

*Schlag*, Einige Überlegungen zur Struktur finaler Grundrechtsnormen, JB1 1991, 545

*Schlag*, Die Herausforderung der Biotechnologie an die österreichische allgemeine Grundrechtsdogmatik, ÖJZ 1992, 50

*Schlick*, Fragen der Ethik (1930, Neuauflage: 2002)

*Schmitz/Eckhardt*, AGB-Einwilligung in Werbung – Werbeeinwilligungen in AGB im Spiegel des Datenschutz- und Wettbewerbsrechts, CR 2006, 522

*Schrader*, Einwilligung, in *Bäumler/Breinlinger/Schrader* (Hrsg), Datenschutz von A – Z (2000) E 300

*Schrader*, Informationelle Selbstbestimmung, in *Bäumler/Breinlinger/Schrader* (Hrsg), Datenschutz von A – Z (2000) I 300

*Schreiber*, Der Begriff der Rechtspflicht (1966)

*Schroer*, Wikipedia: Auslösende und aufrechterhaltende Faktoren der freiwilligen Mitarbeit an einem Web-2.0-Projekt (2008)

*Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, Forschungen aus Staat und Recht 162 (2007)

*Serozan*, Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken, JB1 1983, 561

*Shapiro*, Privacy for Sale – Peddling Data on the Internet, Human Rights: Journal of the Section of Individual Rights and Responsibilities, Winter 99, Vol 26 Issue 1, 10

*Simitis*, „Datenschutz = Terroristenschutz? Unsinn!“ in Die Zeit 41/2001

*Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz*, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz (1992)

*Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995)

*Souhrada*, Pflichtversicherung oder Versicherungspflicht in der Krankenversicherung – Gedanken zwischen Recht und Volkswirtschaft, SozSi 2001, 133

*Spieß*, Der Grundrechtsverzicht (1997)

*Stadler* (Hrsg) Datenschutz (1975)

- Stadler*, Das österreichische Datenschutzgesetz als Markstein der Verfassungspolitik und des Informationsrechts, JBI 1979, 358
- Stadler*, Das österreichische Datenschutzrecht in *Pawlikowsky* (Hrsg), Datenschutz – Leitfaden & Materialien (1979) 47
- Steininger*, Walter Wilburg als Lehrer und Forscher in der Erinnerung seiner unmittelbaren Schüler und das Bewegliche System im Gesamtgefüge der Wissenschaften, in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg) Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Forschungen aus Staat und Recht 73 (1986) 2
- Stoll*, Das Sachgesetzlichkeitsprinzip als Ausformung des Gleichheitsgrundsatzes, ÖStZ 1989, 188
- Tomandl*, Rechtsprobleme bei der Einführung und Anwendung von Kontrollmaßnahmen, ZAS 1982, 163
- Tontrup*, Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz, in *Engel* (Hrsg), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter (1998) 41
- Tschurtschenthaler*, Die Interessenabwägung aus Sicht des Ökonomen, JRP 1999, 168
- Vartian*, Telekommunikationsrecht (2004)
- Veenhoven*, Happiness as an aim in public policy, in *Linley/Joseph* (Hrsg), Positive Psychology in Practice (2004) 658
- Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, Modernisierung des Datenschutzes aus Sicht des Verbraucherschutzes, DuD 2007, 271
- Wallner*, Gemeinwohl und Risiko in der Forschung am Menschen unter besonderer Berücksichtigung der AMG-Novelle 2004, Diss Uni Graz (2006)
- Walter*, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZfV 1979, 33
- Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> (2000)
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007)
- Watson*, Free Agency in *Watson*, Free Will (2004)
- Weber*, Rechtsprobleme der naturschutzrechtlichen Interessenabwägung am Beispiel des § 27 Tiroler Naturschutzgesetz, JRP 1999, 176

- Weichert*, Verbraucher-Scoring meets Datenschutz, DuD 2006, 399
- Weiss*, Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung (§ 18 DSG) durch Vertrag?, EDVuR 1993, 80
- Werner/Weiss*, Schwarzbuch Markenfirmen – Die Machenschaften der Weltkonzerne<sup>3</sup> (2001)
- Wielinger*, Bemerkungen zum Datenschutzgesetz, ZfV 1979, 299
- Wilhelm*, Formularmäßige Entbindung vom Bankgeheimnis, ecolex 1997, 490
- Wilhelm*, Carolines Privatsphäre – Zur Drittwirkung europäischer Grundrechte, ecolex 2004, 671
- Windelband*, Über Willensfreiheit (1918)
- Winkelbauer*, Sicher – Kosten und Nutzen – ROSEBUD: Entscheidungen über Verkehrssicherheitsmaßnahmen auf Basis volkswirtschaftlicher Kostenrechnung, ZVR 2005, 412
- Winkler*, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen, Forschungen aus Staat und Recht 12 (1969)
- Winkler*, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in FS Antonioli (1979) 1
- Winkler*, Rechtsfragen der Bildung eines Klubs im Nationalrat, JBI 1993, 279
- Winkler*, Raum und Recht, Forschungen aus Staat und Recht 120 (1999)

## **12. JUDIKATURVERZEICHNIS**

Einschlägige Judikatur ist **fett** hervorgehoben. Die Entscheidungen sind nach dem Datum sortiert, sodass die älteste zu Beginn steht.

### **12.1. Judikatur ausländischer Behörden**

BVerfGE 65, 1

BVerfGE 64, 274

LG Stuttgart 30.8.1998, 17 O 329/98

### **12.2. Judikatur der Datenschutzkommission**

DSK 13.10.1993, 120.434 = ZfVBDat 1994/2/5

DSK 5.10.1999, 120.667/8-DSK/99

DSK 9.3.2000, 120.622/14-DSK/00

DSK 18.5.2000, 120.686/3-DSK/00 (Grundrecht auf Datenschutz schützt auch nicht automationsunterstützt verwendete Daten)

DSK 15.12.2000, 120.715/4-DSK/00 (Koppelungsverbot)

DSK 15.5.2001, K120.713/005-DSK/2001

DSK 26.2.2002, K120.746/001-DSK/2002

DSK 5.4.2002, K120.766/004-DSK/2002 (lebenswichtiges Interesse)

DSK 3.12.2002, K120.804/016-DSK/2002

DSK 12.9.2003, K202.028/006-DSK/2003

DSK 25.6.2004, K120.877/0017-DSK/2004 (Verwendung von Daten zur Erfüllung vertraglicher Pflichten)

DSK 16.11.2004, K120.951/0009-DSK/2004

DSK 14.2.2006, K211.634/0004-DSK/2006

DSK 8.3.2006, K178.209/0006-DSK/2006

### **12.3. Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte**

EGMR 25.3.1998, Kopp v Switzerland

EGMR 16.2.2000, Amann v Switzerland

EGMR 20.6.2000, Foxley v United Kingdom

### **12.4. Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**

Rs C-465/00 ua, *Rechnungshof*, Slg 2003, I-04989 = EuGRZ 2003, 232

Rs C-101/01, *Lindqvist*, Slg 2003, I-12971 = EuGRZ 2003, 714

### **12.5. Judikatur des Obersten Gerichtshofs**

OGH 21.10.1953, 1 Ob 803/53

OGH 14.9.1955, 1 Ob 297/55

OGH 4.7.1956, 7 Ob 338/56

OGH 13.3.1957, 2 Ob 678/56

OGH 12.1.1961, 6 Ob 270/60 = JBl 1961, 417 = MietSlg 8.558

OGH 22.3.1961, 5 Ob 90/61

OGH 30.8.1961, 1 Ob 136/61

OGH 16.12.1964, 6 Ob 338/64 = JBl 1965, 265 = EvBl 1965/339, 521 = RZ 1965, 81

OGH 23.5.1969, 10 Os 59/69

OGH 5.5.1970, 9 Os 15/70

OGH 24.3.1971, 5 Ob 57/71

OGH 14.2.1974, 13 Os 166/73

OGH 4.12.1974, 1 Ob 205/74 = SZ 47/141 = EvBl 1975/177, 354

OGH 9.12.1975, 12 Os 143/75

OGH 4.5.1977, 1 Ob 565/77



OGH 24.1.1978, 5 Ob 703/77  
OGH 29.8.1979, 6 Ob 641/79  
OGH 15.1.1980, 5 Ob 748/79  
OGH 2.9.1980, 5 Ob 573/80 = SZ 53/108  
OGH 12.9.1980, 9 Os 64/80  
OGH 15.1.1981, 7 Ob 67/80  
OGH 22.4.1981, 3 Ob 681/80  
**OGH 14.12.1983, 1 Ob 675/83**  
OGH 26.1.1984, 13 Os 214/83  
OGH 28.1.1986, 4 Ob 141/84  
OGH 16.9.1986, 11 Os 58/86  
OGH 3.9.1987, 12 Os 86/87  
OGH 15.6.1988, 15 Os 83/87  
OGH 16.11.1988, 3 Ob 132/88  
OGH 13.12.1988, 5 Ob 573/88  
OGH 5.9.1989, 15 Os 69/89  
OGH 8.2.1990, 6 Ob 703/89  
OGH 20.3.1990, 15 Os 41/89  
OGH 5.12.1990, 9 ObA 230/90  
OGH 16.1.1991, 9 ObA 311/90  
OGH 23.4.1991, 14 Os 20/91  
OGH 9.7.1991, 4 Ob 532/91  
OGH 25.2.1992, 4 Ob 114/91\*  
OGH 15.10.1992, 7 Ob 1618/92  
OGH 18.12.1992, 6 Ob 563/92

\* Die mit Stern gekennzeichneten Urteile beziehen sich auf die Formerfordernisse der Zustimmungserklärungen (Vgl oben Seite 168 FN 694).

OGH 26.4.1994, 14 Os 174/93  
OGH 29.6.1995, 15 Os 82/95  
OGH 26.2.1996, 4 Ob 1009/96  
OGH 26.3.1996, 1 Ob 518/96  
OGH 12.8.1996, 4 Ob 2132/96z  
OGH 12.9.1996, 10 ObS 2303/96s  
OGH 26.2.1997, 3 Ob 7/97v  
OGH 24.6.1997, 1 Ob 16/97b  
OGH 3.7.1997, 15 Os 83/97  
OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z  
OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w  
OGH 27.10.1998, 1 Ob 216/98s  
OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x  
OGH 21.1.1999 8 ObA 188/98z  
OGH 27.1.1999, 7 Ob 170/98w\*  
OGH 13.10.1999, 9 ObA 205/99h  
OGH 23.11.1999, 4 Ob 262/99d  
OGH 13.9.2000, 4 Ob 199/00v  
OGH 23.10.2000, 6 Ob 238/00v  
OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y\*  
OGH 5.9.2001, 9 ObA 77/01s  
OGH 13.9.2001, 6 Ob 16/01y\*  
OGH 13.11.2002, 13 Os 102/02  
OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f\*  
OGH 26.11.2002, 10 Ob 325/02k  
OGH 28.5.2003, 3 Ob 77/02y

OGH 5.8.2003, 7 Ob 165/03w  
OGH 26.8.2003, 5 Ob 82/03z  
OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03m  
OGH 17.3.2004, 9 ObA 143/03z  
OGH 4.5.2004, 4 Ob 50/04p  
OGH 17.11.2004, 9 Ob 41/04a  
OGH 31.3.2005, 3 Ob 248/04y  
OGH 10.5.2005, 5 Ob 94/05t  
OGH 2.8.2005, 1 Ob 104/05h  
OGH 13.12.2005, 11 Os 119/05t  
OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t  
OGH 26.7.2006, 3 Ob 116/05p  
OGH 30.8.2006, 7 Ob 98/06x  
OGH 12.9.2006, 14 Os 78/06m  
OGH 6.3.2007, 11 Os 3/07m  
OGH 20.3.2007, 4 Ob 221/06p\*  
OGH 27.9.2007, 12 Os 101/07f  
OGH 17.12.2007, 15 Os 148/07i  
OGH 3.6.2008, 5 Ob 26/08x  
OGH 14.10.2009, 15 Os 125/09k

## **12.6. Judikatur des Verfassungsgerichtshofs**

VfGH 16.5.1927, B 437/26 = VfSlg 800/1927

VfGH 7.10.1948, B 57/48 = VfSlg 1.693/1948

VfGH 11.12.1976, KR 1/76 = VfSlg 7.944/1976

**VfGH 2.7.1983, G 21/83 = VfSlg 9.761/1983**

VfGH 30.11.1987, B 342/86 = VfSlg 11.548

VfGH 7.3.1988, B 914/87 = VfSlg 11.639/1988

VfGH 30.9.1989, B 1740/88 = VfSlg 12.166/1989

VfGH 12.10.1989, G 238 – 241/88 = VfSlg 12.194/1989

VfGH 30.11.1989, G 245/89 = VfSlg 12.228/1989

VfGH 16.10.1991, B 663/90 = VfSlg 12.880/1991.

VfGH 10.12.1993, G 167/92 und V 75/92 – V 78/92 = VfSlg 13.635/1993

VfGH 12.12.1997, B 3113/96, B 3760/96 = VfSlg 15.063/1997

VfGH 2.10.1998, V 126/97 = VfSlg 15.273/1998

**VfGH 7.6.1999, B 4889/96 = VfSlg 15.473/1999**

VfGH 11.10.2001, G 12/00 = VfSlg 16.327/2001

VfGH 28. 11.2001, B 2271/00 = VfSlg 16.369/2001

VfGH 7.3.2007, B 1708/06 = VfSlg 18.092/2007

VfGH 24.2.2009, B 1781/08

## **12.7. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs**

VwGH 9.3.1949, 0691/48

VwGH 5.10.1965, 1087/65

VwGH 22.12.1978, 1521/78

VwGH 27.6.1984, 84/09/0091

VwGH 5.12.1984, 84/11/0048

VwGH 13.3.1990, 89/11/0277

VwGH 23.10.1990, 87/07/0183

VwGH 28.1.1991, 90/19/0265

VwGH 24.6.1993, 92/06/0144

VwGH 15.12.1993, 93/01/0745

VwGH 24.5.1995, 95/03/0014

VwGH , 96/01/0326

VwGH 16.9.1997, 96/08/0308

VwGH 26.1.2001, 2000/02/0340

VwGH 28.5.2002, 2000/11/0077

VwGH 9.9.2003, 2002/01/0133

VwGH 7.10.2003, 2002/01/0271

VwGH 28.2.2005, 2002/10/0218

VwGH 28.4.2005, 2004/07/0196

VwGH 28.6.2005, 2003/01/0542

VwGH 14.7.2005, 2004/06/0026

## **12.8. Judikatur sonstiger inländischer Behörden**

OLG Wien 19.7.1995, 7 Ra 57/95

### 13. LINKVERZEICHNIS

[http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Standortbezogene\\_Dienste&oldid=20596732](http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Standortbezogene_Dienste&oldid=20596732),

Wikipedia-Artikel zu Location Based Services (3.9.2006)

[http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/law/implementation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/law/implementation_en.htm),

Umsetzungsstand der Datenschutzrichtlinie (3.9.2006)

[http://gutenberg.spiegel.de/?id=5&xid=73&kapitel=1#gb\\_found](http://gutenberg.spiegel.de/?id=5&xid=73&kapitel=1#gb_found),

*Aristoteles*,

Nikomachische Ethik (13.11.2008)

<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv065001.html>

<http://www.ris.bka.gv.at>, Rechtsinformationssystem des Bundes (3.9.2006)

<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>,

*Bentham*,

An

Introduction to the Principles of Morals and Legislation (13.10.2008)

<http://www.trackyourkid.de/>