

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 264/2015-18

8. Oktober 2015

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des  
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Mag. Sarah HILLISCH

als Schriftführerin,

über den Antrag der \*\*\*\* \* GMBH, \*\*\*\* \* Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Stefan Korab, Schwindgasse 6, 1040 Wien, § 28 Abs. 2 Datenschutzgesetz 2000, BGBl. I 165/1999, idF BGBl. I 133/2009, als verfassungswidrig aufzuheben, nach der am 30. September 2015 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters und der Ausführungen der Vertreter der antragstellenden Gesellschaft, Dkfm. Gerald Timmel sowie Rechtsanwälte Mag. Stefan Korab und Dr. Gerhard Kienast, des Vertreters der Bundesregierung, Sektionschef Dr. Gerhard Hesse, sowie der Vertreter der beteiligten Partei, Rechtsanwältin Dr. Sigrid Urbanek und Rechtsanwaltsanwärter Mag. Richard Papis, am heutigen Tage gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

- I. § 28 Abs. 2 Datenschutzgesetz 2000, BGBl. I Nr. 165/1999, idF BGBl. I Nr. 133/2009, wird als verfassungswidrig aufgehoben.
- II. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2016 in Kraft.
- III. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.
- IV. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Antrag**

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

### **II. Rechtslage**

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000 (DSG 2000), BGBl. I 165/1999, idF BGBl. I 51/2012, lauten (die angefochtene Gesetzesbestimmung idF BGBl. I 133/2009 ist hervorgehoben): 2

"Artikel 1  
(Verfassungsbestimmung)

Grundrecht auf Datenschutz

§ 1. (1) Jedermann hat, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.

(2) Soweit die Verwendung von personenbezogenen Daten nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt, sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind. Derartige Gesetze dürfen die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen. Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.

(3) Jedermann hat, soweit ihn betreffende personenbezogene Daten zur automationsunterstützten Verarbeitung oder zur Verarbeitung in manuell, dh. ohne Automationsunterstützung geführten Dateien bestimmt sind, nach Maßgabe gesetzlicher Bestimmungen

1. das Recht auf Auskunft darüber, wer welche Daten über ihn verarbeitet, woher die Daten stammen, und wozu sie verwendet werden, insbesondere auch, an wen sie übermittelt werden;
2. das Recht auf Richtigstellung unrichtiger Daten und das Recht auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten.

(4) Beschränkungen der Rechte nach Abs. 3 sind nur unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen zulässig.

[...]

Artikel 2

[...]

2. Abschnitt  
Verwendung von Daten

[...]

Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen  
bei Verwendung nicht-sensibler Daten

§ 8. (1) Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen sind bei Verwendung nicht-sensibler Daten dann nicht verletzt, wenn

1. eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verwendung der Daten besteht oder
2. der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt, oder
3. lebenswichtige Interessen des Betroffenen die Verwendung erfordern oder
4. überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern.

(2) Bei der Verwendung von zulässigerweise veröffentlichten Daten oder von nur indirekt personenbezogenen Daten gelten schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen als nicht verletzt. Das Recht, gegen die Verwendung zulässigerweise veröffentlichter Daten gemäß § 28 Widerspruch zu erheben, bleibt unberührt.

(3) Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen sind aus dem Grunde des Abs. 1 Z 4 insbesondere dann nicht verletzt, wenn die Verwendung der Daten

1. für einen Auftraggeber des öffentlichen Bereichs eine wesentliche Voraussetzung für die Wahrnehmung einer ihm gesetzlich übertragenen Aufgabe ist oder
2. durch Auftraggeber des öffentlichen Bereichs in Erfüllung der Verpflichtung zur Amtshilfe geschieht oder
3. zur Wahrung lebenswichtiger Interessen eines Dritten erforderlich ist oder
4. zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und Betroffenen erforderlich ist oder
5. zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen des Auftraggebers vor einer Behörde notwendig ist und die Daten rechtmäßig ermittelt wurden oder
6. ausschließlich die Ausübung einer öffentlichen Funktion durch den Betroffenen zum Gegenstand hat oder
7. im Katastrophenfall, soweit dies zur Hilfeleistung für die von der Katastrophe unmittelbar betroffenen Personen, zur Auffindung und Identifizierung von Abgängigen und Verstorbenen und zur Information von Angehörigen notwendig ist; im letztgenannten Fall gilt § 48a Abs. 3.

(4) [...]

[...]

## 5. Abschnitt Die Rechte des Betroffenen

[...]

### Widerspruchsrecht

§ 28. (1) Sofern die Verwendung von Daten nicht gesetzlich vorgesehen ist, hat jeder Betroffene das Recht, gegen die Verwendung seiner Daten wegen Verletzung überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, die sich aus

seiner besonderen Situation ergeben, beim Auftraggeber der Datenanwendung Widerspruch zu erheben. Der Auftraggeber hat bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Daten des Betroffenen binnen acht Wochen aus seiner Datenanwendung zu löschen und allfällige Übermittlungen zu unterlassen.

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

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

[...]

## 8. Abschnitt Besondere Verwendungszwecke von Daten

[...]

### Publizistische Tätigkeit

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

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

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

## III. Sachverhalt, Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

3

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

4

Benutzer des Internetportals Bewertungen und Erfahrungsberichte zu dem jeweiligen Arzt veröffentlichen.

1.2. Der Kläger im Verfahren vor dem Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien – die beteiligte Partei im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof – begehrte mit seiner Klage vom 3. November 2014 das Urteil, die beklagte Partei – die nunmehr vor dem Verfassungsgerichtshof antragstellende Gesellschaft – sei schuldig, es zu unterlassen, näher bezeichnete Daten des Klägers auf ihren Webseiten zu veröffentlichen oder sonst zu verarbeiten, sowie die genannten Daten des Klägers auf ihrer Webseite [www.docfinder.at](http://www.docfinder.at) zu löschen und dem Kläger die Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. 5

1.3. Mit Urteil vom 24. April 2015 gab das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien der Klage im Wesentlichen mit der Begründung statt, dass das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 auch ohne Anführung schutzwürdiger Interessen ausgeübt werden könne. Gemäß § 32 Abs. 2 DSG 2000 sei der Kläger berechtigt, Unterlassung und Beseitigung des diesem Bundesgesetz widerstrebenden Zustandes zu begehren. Der Gesetzgeber stelle das Löschungsrecht ausschließlich in das Belieben des Betroffenen; auf die Dartuung eines besonderen Geheimhaltungsinteresses oder objektiv schutzwürdiger Interessen komme es nicht an. Der Kläger habe gegen die Verwendung seiner Daten Widerspruch erhoben, die nunmehr antragstellende Gesellschaft habe dennoch die Daten nicht binnen acht Wochen gelöscht, sodass das Löschungsbegehren des Klägers berechtigt sei. Das in § 48 DSG 2000 enthaltene Medienprivileg komme nur Medienunternehmen, Mediendiensten oder ihren Mitarbeitern im Sinne des Mediengesetzes zu, nicht aber dem Betreiber eines Internetportals. Überdies sei eine bloße Wiedergabe von Daten keine publizistische Tätigkeit im Sinne des § 48 DSG 2000; gleiches gelte auch für das in der Internetplattform angebotene Bewertungsforum. Eine unmittelbare Anwendung des Art. 9 der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/1995, (im Folgenden: Datenschutz-Richtlinie) komme mangels ausreichender inhaltlicher Bestimmtheit nicht in Betracht. 6

1.4. Gegen dieses Urteil erhob die antragstellende Gesellschaft am selben Tag, an dem sie auch den (Partei-)Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG stellte, Berufung an das Oberlandesgericht Wien. 7

2. Die antragstellende Gesellschaft behauptet in ihrem auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG gestützten Antrag, in ihren Rechten wegen Anwendung des § 28 Abs. 2 DSG 2000 verletzt zu sein, weil dieser gegen Art. 10 EMRK und den Gleichheitssatz verstoße. 8

2.1. Zur Zulässigkeit des Antrags bringt die antragstellende Gesellschaft insbesondere vor, das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien habe den klägerischen Anspruch ausdrücklich auf § 28 Abs. 2 DSG 2000 gestützt, weswegen diese Bestimmung präjudiziell sei. Bei Aufhebung dieser Bestimmung durch den Verfassungsgerichtshof wäre die Klage – allenfalls nach einer Ergänzung des gerichtlichen Verfahrens im Hinblick auf § 28 Abs. 1 DSG 2000 – abzuweisen. 9

2.2. Die Bedenken, welche die die antragstellende Gesellschaft zur Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof bestimmt haben, legt sie im Einzelnen wie folgt dar: 10

"3.1.2 Der Antrag der Antragstellerin ist auf Aufhebung des § 28 Abs 2 des Bundesgesetzes über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 - DSG 2000), BGBl. I Nr. 165/1999, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2009, gerichtet. Nach Ansicht der Antragstellerin ist diese Norm verfassungswidrig, da sie gegen Art 10 EMRK und den Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG) verstößt:

### 3.2 Kommunikationsfreiheit (Art. 10 EMRK)

3.2.1 Wie in Punkt 1., oben dargestellt, ist der Zweck des DocFinder-Portals der Meinungs austausch von Patienten untereinander und mit Ärzten. Als Onlineforum zu kommunikativen Zwecken steht das DocFinder-Portal unter dem Schutz der verfassungsgesetzlich geschützten Rechte der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art 10 EMRK, Art 13 StGG. Die Meinungs- und Informationsfreiheit (in der Folge kurz als Kommunikationsfreiheit bezeichnet, VfSlg 11.297/1987, 12.104/1989) schützt als allgemeines Recht der Redefreiheit sowohl die Mitteilung der eigenen Meinung und von Werturteilen, als auch die Mitteilung von bloßen Tatsachen, wie auch kommerzielle Kommunikation (Werbung), sowie als Informationsfreiheit auch den Empfang von Informationen. Durch Art 10 EMRK sind alle offenen Kommunikationsprozesse geschützt, unabhängig davon, über welches Medium die Kommunikation erfolgt. Der OGH hat auch anerkannt, dass Onlineforen grundsätzlich vom Recht auf freie Meinungsäußerung geschützt sind (6 Ob 178/04a, Online- Gästebuch).

3.2.2 Die Geltendmachung eines Löschan spruches der Daten eines Arztes auf dem DocFinder-Portal, die dazu führt, dass die Verarbeitung und Veröffentlichung der Daten und der darauf aufbauende Meinungs austausch in Bezug auf diesen Arzt auf dem Portal nicht mehr möglich ist, stellt daher einen Eingriff in

das Recht auf Kommunikationsfreiheit dar. Ob der Lösungsanspruch auf eine Einschränkung der Kommunikationsfreiheit abzielt, oder nicht, ist unerheblich, da auch nicht intentionale Akte Eingriffe in das Grundrecht darstellen können. Öffentliche Datenanwendungen (wie Online-Portalen, denen regelmäßig eine Datenanwendung zugrunde liegt), die in Ausübung der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK betrieben werden stehen daher potentiell in einem Spannungsverhältnis zu § 28 Abs 2 DSG.

3.2.3 Ein Eingriff in das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ist nur zulässig, wenn und soweit gesetzlich vorgesehen ist, einem der in Art 10 Abs 2 EMRK genannten Zwecke dient und zur Zweckerreichung in einer demokratischen Gesellschaft unentbehrlich ist. Ob ein Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft unentbehrlich ist, ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit (*Holoubek in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, (Hrsg), HGR VII/1, 2. Aufl, § 15 RN 26). § 28 Abs 2 DSG rechtfertigt jedoch Eingriffe, die keiner Abwägung der Interessen des Auftraggebers der Datenanwendung und des Widersprechenden standhalten. Der Umstand, dass § 28 Abs 2 DSG ein Erfordernis, den Widerspruch zu begründen, ausdrücklich ausschließt, führt gerade dazu, dass auch unangemessene Eingriffe möglich sind, weil — anders als nach § 28 Abs 1 DSG — keine Abwägung der einander gegenüberstehenden schutzwürdigen Interessen stattfindet. Im Anlassfall ist die Unverhältnismäßigkeit besonders deutlich, da auf Seiten des Klägers kein Geheimhaltungsinteresse (öffentliche Daten gem § 27 Abs 1 ÄrzteG bzw durch den Kläger selbst veröffentlicht) besteht und er ein solches nicht einmal behauptet hat. Im Ergebnis führt § 28 Abs 2 DSG dazu, dass ein Auftraggeber, der Daten rechtmäßig verarbeitet, diese infolge Widerspruchs des Betroffenen zu löschen hat, selbst wenn der Auftraggeber ein erhebliches schützenswertes Interesse an der Verarbeitung der Daten hat, der Widersprechende kein schützenswertes Interesse hat und auch ein Interesse der Allgemeinheit an der Verarbeitung der Daten besteht. Gerade im Bereich der öffentlichen Meinungsbildung zu Gesundheitsthemen — wie im Anlassfall — besteht ein besonderes öffentliches Interesse an einer breiten Diskussion. In diesem Zusammenhang hat der BGH in einem eine Arztbewertungsplattform in Deutschland betreffenden Fall festgehalten: '*Auszugehen ist dabei zunächst von dem ganz erheblichen Interesse, das die Öffentlichkeit an Informationen über ärztliche Dienstleistungen hat.*' (Jameda-Urteil; BGH 23.6.2009, VI ZR 196/08; Rz 39). Einschränkungen der Kommunikationsfreiheit in diesem Bereich wirken daher besonders drastisch. In diesem Zusammenhang hat auch der EGMR in der Rechtssache *Bergens Tidende* (= ÖJZ 2001, 110) das besondere Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über die Folgen ärztlicher Tätigkeit (kosmetische Operationen) betont und dieses über die Interessen und das berufliche Ansehen des Arztes gestellt. Die angefochtene Norm kann daher (wie im vorliegenden Fall) jedenfalls zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen führen. Soweit zur Verbreitung von Informationen und Meinungen das Internet genutzt wird (was wohl meist als öffentliche Datenanwendung zu qualifizieren sein wird), ist daher der Konflikt zwischen der Meinungsfreiheit und § 28 Abs 2 DSG vorprogrammiert (*Siegwart*, jusIT 2010, 109).

3.2.4 Selbstverständlich erfordert die Kommunikationsfreiheit eine verantwortungsvolle Ausübung und ist auf die Rechte Dritter Bedacht zu nehmen. In einer demokratischen Gesellschaft ist es geradezu typisch, dass die Ausübung des Grundrechts, insbesondere durch Veröffentlichung von Tatsachen und Meinungen, die

Interessen Dritter berühren kann. So bestehen zum Schutz der Rechte Dritter zahlreiche gesetzliche Bestimmungen, die die Kommunikationsfreiheit beschränken (§§ 111 ff. StGB, § 1330 ABGB, § 2 UWG, etc). Stets stellen diese eine Interessenabwägung der beiden Seiten her, die jeweils durch die Rechtsprechung anhand der Gegebenheiten des Einzelfalls auszufüllen ist, wobei sich nicht selten schwierige Abgrenzungs- und Abwägungsfragen stellen. Es ist nicht einzusehen, warum eine derartige Abwägung nur in Fällen der Eingriffe in Ehre und guten Ruf, fairen Wettbewerb, etc. stattfinden soll, nicht jedoch im Falle eines Eingriffs in ein datenschutzrechtliches Geheimhaltungsrecht. Ganz im Gegenteil: Auch § 1 DSG geht beim Schutz personenbezogener Daten von der Notwendigkeit eines schutzwürdigen Interesses und somit von einer Abwägung aus. Gleichzeitig hält die Bestimmung fest, dass kein Schutz für allgemein verfügbare Daten besteht (§ 1, 2. Satz DSG) Insofern weicht § 28 Abs 2 DSG von § 1 DSG ab, als er auch Lösungsansprüche hinsichtlich allgemein verfügbarer Daten stützt, die nicht zu schützen sind (§ 1, 2. Satz DSG). Auch die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage sprechen davon, dass ein fairer Interessenausgleich gewährleistet werden solle, und Personen ein Widerspruchsrecht gegen die Aufnahme in Verzeichnisse eingeräumt werde, wenn sie in Abweichung von der durchschnittlichen Einschätzung der Geheimhaltungsinteressen eine Verletzung ihrer Interessen durch Aufnahme ihrer Daten in ein solches Verzeichnis befürchten (EBRV 1613 BlgNR XX. GP, zu § 28 Abs 2 DSG). Dies lässt sich in der gesetzlichen Bestimmung nicht wiederfinden. Aber die Erläuternden Bemerkungen geben jedenfalls auch keinen Anlass anzunehmen, dass im vorliegenden Fall eine Abwägung der widerstreitenden Interessen entfallen müsse.

3.2.5 Es ist auch nicht zu erkennen dass die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nur durch ein Widerspruchsrecht gewahrt werden können, das eine Interessenabwägung ausschließt. Das Widerspruchsrecht des Abs 2, das keiner Begründung bedarf, ist daher nicht das gelindeste Mittel um dem Zweck des Schutzes von schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen zu dienen und ist daher nicht verhältnismäßig. § 28 Abs 2 DSG stellt daher einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Kommunikationsfreiheit dar und ist daher verfassungswidrig (vg. auch *Forgó/Kastelitz*, JusIT 2009, 18; *Sieghart*, JusIT 2010/45; *Ennöckl*, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung [2014], S 481 ff). Tatsächlich sind die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen bereits durch § 28 Abs 1 DSG ausreichend geschützt.

3.2.6 In Deutschland hat die Judikatur bei vergleichbaren europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen (EMRK, Datenschutzrichtlinie) eine Abwägung zwischen dem Interesse des Auftraggebers an der Verarbeitung der Daten in Ausübung der Kommunikationsfreiheit und dem Interesse des Betroffenen an der Untersagung derselben vorgenommen. Der BGH hat 2009 in einer ausführlich begründeten Entscheidung (BGH 23. 6. 2009, VI ZR 196/08 (spickmich.de)) die Zulässigkeit der Lehrerbewertung auf einer Internet-Plattform festgestellt, und den Lösungsanspruch des klagenden Lehrers abgelehnt. Hierbei hat der BGH festgestellt, dass Bewertungsportale naturgemäß in einem Spannungsfeld einerseits zwischen den Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Verwendung ihrer Daten, insbesondere bei negativen Bewertungen, und andererseits der Kommunikationsfreiheit stehen. Der BGH befand die Eingriffsqualität

eines Bewertungsportals in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen jedoch für nicht überwiegend, insbesondere da die Bewertungen nur die berufliche und somit öffentliche Sphäre betreffen. Die Möglichkeit der Bewertung sei daher aufgrund einer Gesamtabwägung der einander gegenüberstehenden Interessen hinzunehmen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat die gegen dieses Urteil eingebrachte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen und das Urteil des BGH somit bestätigt (BVerfG 16.8.2010, BvR 1750/09). Die Rechtsprechung des BGH ist mittlerweile als gefestigt anzusehen und hat auch Lösungsansprüche von Ärzten im Zusammenhang mit Arztbewertungsportalen abgelehnt (BGH 23. 9. 2014, VI ZR 358/13 (jameda.de)). Dies zeigt, dass eine Einschränkung der Kommunikationsfreiheit in einer Weise, die ein begründungsloses Widerspruchsrecht ohne Interessenabwägung vorsieht, in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte Dritter nicht erforderlich ist.

Aus den oben dargelegten Gründen ist die Antragstellerin der Ansicht, dass die angefochtene Norm gegen Art 10 EMRK verstößt und als verfassungswidrig aufzuheben ist.

### 3.3 Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG)

3.3.1 Da § 28 Abs 2 DSG das Widerspruchs- und Lösungsrecht ohne das Erfordernis einer Begründung einräumt und somit nicht zwischen Fällen differenziert, in welchen die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des von der Datenanwendung Betroffenen überwiegen und Fällen, in denen das schutzwürdige Interesse des Auftraggebers an der unbeeinträchtigten Fortführung der zulässigen Datenverarbeitung überwiegen, sieht die Antragstellerin darin einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz.

3.3.2 Der VfGH entnimmt dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht nur ein Verbot, sachlich nicht begründbare bzw nicht gerechtfertigte Differenzierungen vorzunehmen, sondern auch ein Gebot, Unterschiede im Tatsachenbereich, die derart schwer wiegen, dass sie einer 'schematischen' Gleichbehandlung entgegenstehen, differenziert zu behandeln (*M. Pöschl in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, (Hrsg), HGR VII/1, 2. Aufl, § 14 RN 35). Dieses Gebot richtet sich auch an den Gesetzgeber.

3.3.3 Insbesondere der Umstand, dass das Widerspruchsrecht selbst dann zusteht, wenn überhaupt keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen bestehen und auf der anderen Seite ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung der Datenverarbeitung vorhanden ist (und darüber hinaus allenfalls noch ein erhebliches Interesse der Allgemeinheit), ist unsachlich; dies um so mehr, als es sich, wie im Anlassfall, bei dem Widerspruch um einen Eingriff in ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht handeln kann.

3.3.4 Solche Grundrechtskonflikte sind grundsätzlich so zu lösen, dass die konkurrierenden Grundrechtspositionen in einen angemessenen Ausgleich zueinander gebracht werden. Dazu müsste eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den

Interessen der Betroffenen einerseits und den Auftraggebern andererseits vorgenommen werden und die grundrechtlichen Ansprüche so weit beschränkt werden, als dies zum Schutz der jeweils anderen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich ist (*Ennöckl*, aaO, S 481 f). Es wäre daher jedenfalls eine gesetzliche Regelung erforderlich, die (wie in § 28 Abs 1 DSG) die Interessen gegeneinander abwägt bzw eine Abwägung ermöglicht. Dies schließt § 28 Abs 2 DSG aber gerade aus. Eine sachliche Grundlage hierfür fehlt. Im Gegenteil, sogar die EBRV sprechen für eine Interessenabwägung (EBRV 1613 BlgNR XX. GP, zu § 28 Abs 2 DSG: *'Durch die Möglichkeit des Widerspruchs wäre gewährleistet, daß einerseits Verzeichnisse dieser Art, die von der großen Mehrheit der Bevölkerung als sinnvoll und nützlich empfunden werden, legalerweise existieren können und andererseits Interessenslagen, die vom Durchschnitt abweichen, entsprechend berücksichtigt werden können und diese Berücksichtigung auch einfach durchzusetzen ist.'*) und nicht dagegen. Die angefochtene Norm verstößt daher auch gegen den Gleichheitssatz und ist auch aus diesem Grund als verfassungswidrig aufzuheben."

3. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie die Abweisung des Antrags begehrt und im Wesentlichen ausführt:

11

"3.2. Mit § 28 DSG 2000 wird die unionsrechtliche Vorgabe des Art. 14 der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI. Nr. L 281 vom 23.11.1995 S. 31, in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1882/2003, ABI. Nr. L 284 vom 31.10.2003 S. 1, umgesetzt, demzufolge Betroffenen in den in Art. 7 lit. e und f leg.cit. genannten Fällen ein jederzeitiges Widerspruchsrecht gegen die Verwendung ihrer Daten aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen zukommt; im Fall eines berechtigten Widerspruchs kann sich die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht mehr auf diese Daten beziehen (Art. 14 lit. a leg.cit.; vgl. idZ auch Erwägungsgrund 45).

3.3. Beim Widerspruchsrecht gemäß § 28 DSG 2000 handelt es sich um eine Schutzbestimmung zugunsten Betroffener: Da die Verwendung personenbezogener Daten durch Private nicht zwingend einer gesetzlichen Grundlage oder einer Zustimmung des Betroffenen bedarf, sondern bereits überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten an der Datenverwendung ausreichen können (§ 8 Abs. 1 Z 4 DSG 2000), wird den Betroffenen zum Schutz ihres Geheimhaltungsrechts (§ 1 Abs. 1 DSG 2000) im Falle einer Verletzung ihrer schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Werden personenbezogene Daten (ohne dass dies gesetzlich angeordnet wäre) sogar in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung aufgenommen, so wiegt der Eingriff in das Geheimhaltungsrecht besonders schwer, weshalb der Gesetzgeber mit § 28 Abs. 2 DSG 2000 eine Sonderregelung für diesen Bereich getroffen hat, die den Betroffenen die Durchsetzung des Widerspruchsrechts nach Abs. 1 erleichtert (zur unionsrechtlichen Zulässigkeit vgl. *Ehmann/Helfrich*, EG Datenschutzrichtlinie, Rz 3 zu Art. 14).

Wie die in den zitierten Materialien angeführten Beispiele für öffentlich zugängliche Datenanwendungen zeigen, handelt es sich dabei häufig um Verzeichnisse, bei denen im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung davon ausgegangen werden kann, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt werden und auch der Auftraggeber keine diesbezügliche Einzelfallprüfung in Bezug auf jeden von der Datenanwendung Betroffenen durchgeführt hat.

Als Ausgleich zu einer solchen 'pauschalen' Interessenabwägung im Wege einer Durchschnittsbetrachtung und im Hinblick auf die erhöhte Intensität des Grundrechtseingriffs durch die Verwendung personenbezogener Daten in einer öffentlich zugänglichen Datenanwendung enthält § 28 Abs. 2 DSG 2000 ein vergleichsweise 'unbürokratisches' Widerspruchsrecht für Betroffene und ermöglicht ihnen, der Verwendung ihrer Daten ebenso begründungslos zu widersprechen (vgl. auch *Forgó/Kastelitz*, Das Widerspruchsrecht gem § 28 Abs. 2 DSG 2000, *jusIT* 2009/11, 22). Während nämlich der Betroffene zur Durchsetzung des Widerspruchsrechts nach Abs. 1 die Verletzung seiner schutzwürdigen Interessen darlegen muss, ordnet Abs. 2 davon abweichend eine Beweislastumkehr an und entbindet den Betroffenen somit von der Verpflichtung, seinen Widerspruch zu begründen.

Dieses Verständnis kommt auch in den Materialien klar zum Ausdruck, denen zufolge das Widerspruchsrecht nach Abs. 1 eine auf den erfolgreich Widersprechenden begrenzte Löschungspflicht darstellt und das Widerspruchsrecht nach Abs. 2 nur die Anwendung des Abs. 1 in Bezug auf eine besondere Konstellation darstellt.

3.4. Insbesondere führt ein Widerspruch gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 nicht zwingend dazu, dass die betroffenen Daten vom Auftraggeber nicht mehr verwendet werden dürfen. Dies ergibt sich sowohl aus unionsrechtlichen Vorgaben als auch aus dem Grundrecht auf Datenschutz selbst:

Nach den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG muss eine der in Art. 7 lit. a bis f genannten Voraussetzungen – zu denen insbesondere auch das Vorliegen eines überwiegenden berechtigten Interesses des Auftraggebers oder eines Dritten zählt (Art. 7 lit. f *leg.cit.*) – erfüllt sein, damit die Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgen darf. Auch auf verfassungsrechtlicher Ebene sieht § 1 Abs. 2 DSG 2000 vor, dass Beschränkungen des Geheimhaltungsrechts u.a. zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig sind.

Dies gilt auch beim Widerspruch gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000: Mit der Geltendmachung des Widerspruchsrechts entsteht zwar grundsätzlich eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Löschung der Daten binnen acht Wochen, ohne dass der Betroffene seinen Anspruch begründen muss (vgl. auch OGH 1.10.2008, 6 Ob 195/08g); aus den genannten unions- und verfassungsrechtlichen Gründen können aber selbst im Falle eines solchen Widerspruchs die Daten weiter verwendet werden, wenn der Auftraggeber darlegen kann,

dass ein Rechtsgrund gemäß § 1 Abs. 2 iVm § 8 Abs. 1 Z 1 bis 4 DSG 2000 vorliegt und im Einzelfall schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden. Nur wenn ein solcher Nachweis unterbleibt, müssen die Daten gemäß § 28 Abs. 2 letzter Satz DSG 2000 zwingend gelöscht werden.

Somit weicht § 28 Abs. 2 DSG 2000 vom Widerspruchsrecht nach Abs. 1 dieser Bestimmung nur dahingehend ab, dass es im Falle des Abs. 2 dem Auftraggeber obliegt, nachzuweisen, dass er zur Verwendung der Daten berechtigt ist und schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden (andernfalls sind die Daten zu löschen), während nach Abs. 1 der Betroffene die Verletzung seiner schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen darlegen muss.

Diese Auslegung ergibt sich auch aus den Vorgaben des Art. 14 der Richtlinie 95/46/EG (vgl. dazu Punkt 3.2.; vgl. auch *Ehmann/Helfrich*, EG Datenschutzrichtlinie, RZ 17 iVm 27 zu Art. 14).

3.5. Darüber hinaus sind Datenverwendungen im Zusammenhang mit journalistischer Tätigkeit aufgrund des in § 48 DSG 2000 verankerten Medienprivilegs vom überwiegenden Teil der einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG 2000 ausgenommen. Somit gelangt § 28 DSG 2000 für Datenverwendungen, die unter § 48 DSG 2000 fallen, gar nicht zur Anwendung; die Zulässigkeit der Datenverwendung stützt sich in solchen Fällen vielmehr auf die Interessenabwägung gemäß § 1 Abs. 2 und § 48 Abs. 2 DSG 2000.

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

## II.

### Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken:

1. Die Bundesregierung verweist einleitend auf die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, wonach dieser in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen beschränkt ist und ausschließlich beurteilt, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (vgl. zB VfSlg. 19.160/2010, 19.281/2010, 19.532/2011, 19.653/2012). Die Bundesregierung beschränkt sich daher im Folgenden auf die Erörterung der im Antrag dargelegten Bedenken.

2.1. Die antragstellende Partei hegt im Hinblick auf Art. 10 EMRK und Art. 13 StGG im Wesentlichen das Bedenken, dass § 28 Abs. 2 DSG 2000 eine Abwägung zwischen schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen und dem Grundrecht des Auftraggebers auf Meinungsäußerungsfreiheit ausschließe; im Anlassfall bestehe nicht einmal ein Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen. Die

Bestimmung führe im Ergebnis dazu, dass ein Auftraggeber, der Daten rechtmäßig verarbeite, diese infolge Widerspruchs des Betroffenen zu löschen habe, selbst wenn der Auftraggeber ein erhebliches schützenswertes Interesse an der Verarbeitung der Daten habe, der Widersprechende kein schützenswertes Interesse habe und auch ein Interesse der Allgemeinheit an der Verarbeitung der Daten bestehe.

Der antragstellenden Partei ist dahingehend zuzustimmen, dass die Geltendmachung des Widerspruchsrechts gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 und die damit verbundene Löschungspflicht des Auftraggebers in dessen Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit eingreifen können (vgl. etwa iHa Onlineforen OGH 21.12.2006, 6 Ob 178/04a).

Unter Zugrundelegung des unter Punkt 1.3. dargelegten – verfassungs- und richtlinienkonformen – Verständnisses schließt § 28 Abs. 2 DSG 2000 jedoch keineswegs aus, dass ein Auftraggeber personenbezogene Daten trotz eines Widerspruchs weiter verwenden kann, wenn schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen im Einzelfall nicht verletzt werden. Insbesondere wäre dabei als Rechtsgrund an eine Interessenabwägung gemäß § 1 Abs. 2 iVm § 8 Abs. 1 Z 4 DSG 2000 auf der Basis einer Einzelfallprüfung zu denken.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber durch das Medienprivileg gemäß § 48 DSG 2000 umfangreiche Ausnahmen (u.a.) vom Widerspruchsrecht vorgesehen und dadurch Verletzungen im Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit durch die Ausübung des Widerspruchsrechts gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 bereits weitgehend vorgebeugt: Die Verwendung von Daten im Zusammenhang mit journalistischer Tätigkeit ist gemäß § 48 Abs. 2 DSG 2000 insoweit zulässig, als dies zur Erfüllung der Informationsaufgabe der Medienunternehmer, Mediendienste und ihrer Mitarbeiter in Ausübung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 10 Abs. 1 EMRK erforderlich ist. Ob das im vorliegenden Fall in Rede stehende Portal 'docfinder.at' unter § 48 DSG 2000 fällt, ist von den ordentlichen Gerichten im Anlassverfahren zu beurteilen (vgl. jedoch EuGH 16.12.2008, Rs. C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy*, Rz 58 bis 62, woraus sich eine sehr weite Auslegung des Medienprivilegs gemäß Art. 9 der Richtlinie 95/46/EG ergibt).

2.2. Aus diesen Gründen gehen auch die Bedenken der antragstellenden Partei im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 B-VG und Art. 2 StGG ins Leere, zumal § 28 Abs. 2 DSG 2000 den Betroffenen zwar von der Verpflichtung zur Begründung seines Widerspruchs entbindet, im Übrigen aber einer Verwendung der Daten durch den Auftraggeber nicht entgegensteht, soweit dieser über einen gültigen Rechtsgrund verfügt und schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht verletzt werden.

3. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass § 28 Abs. 2 DSG 2000, BGBl. I Nr. 165/1999, in der Fassung BGBl. I Nr. 133/2009, nach Ansicht der Bundesregierung nicht verfassungswidrig ist."

4. Der Kläger im Verfahren vor dem Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien erstattete eine Äußerung, in der er die Zurück- bzw. Abweisung des Antrags begehrt. Zur Zulässigkeit des Antrags führt er aus, die "grundsätzliche" Antragslegitimation der antragstellenden Gesellschaft werde nicht bestritten; die formalen Voraussetzungen lägen "größtenteils" vor. Es sei zutreffend, dass das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien der Klage unter Verweis auf § 28 Abs. 2 DSG 2000 Folge gegeben habe. § 28 Abs. 2 DSG 2000 sei jedoch nicht der einzige Grund für die Stattgabe gewesen, vielmehr hätte auch eine Interessenabwägung zu einem stattgebenden Urteil geführt. 12

Zu den von der antragstellenden Gesellschaft in Bezug auf § 28 Abs. 2 DSG 2000 erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken führt der Kläger im Verfahren vor dem Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien aus: 13

"3. Angefochtene Norm, erhobene Bedenken

3.1. Angefochtene Norm:

Der Antragsteller behauptet die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG:

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

Diese Bestimmung ist eine Ausgestaltung des allgemeinen Widerspruchsrechts des § 28 Abs 1 DSG und regelt einen speziellen Einzelfall einer Datenverarbeitung, nämlich die Aufnahme in eine 'öffentlich zugängliche Datenanwendung'. Diesbezüglich ist auf die Erläuternden Bemerkungen in der Regierungsvorlage zum Datenschutzgesetz 2000 zu verweisen, in denen der Telos der Bestimmung klar aufgezeigt wird:

*'In Abs. 2 wird eine zusätzliche Spielart des Widerspruchsrechts ausdrücklich geregelt, die in der Praxis nach den bisherigen Erfahrungen bedeutsam ist und nur die Nutzenanwendung des bereits zu Abs. 1 Gesagten auf eine besondere Konstellation darstellt: Es gibt wiederholt Anwendungsfälle, in welchen bei einer Durchschnittsbetrachtung eine Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen infolge des Zwecks der Datenverarbeitung und der verwendeten Datenarten unwahrscheinlich ist (Beispielsfälle wären etwa Verzeichnisse österreichischer Gewerbetreibender, die für Exportförderungszwecke verwendet werden; Einwohnerverzeichnisse; Verzeichnisse von Fernsprechteilnehmern, Telefaxanschlüssen, E-Mail-Adressen, usw.). Derartige öffentlich zugängliche Verzeichnisse beruhen zum größten Teil nicht auf ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen. Um einen fairen Interessensausgleich zu gewährleisten, scheint es sinnvoll, Personen ein Widerspruchsrecht gegen die Aufnahme in solche Verzeichnisse einzuräumen,*

*wenn sie in Abweichung von der durchschnittlichen Einschätzung der Geheimhaltungsinteressen eine Verletzung ihrer Interessen durch Aufnahme ihrer Daten in ein solches Verzeichnis befürchten. Durch die Möglichkeit des Widerspruchs wäre gewährleistet, daß einerseits Verzeichnisse dieser Art, die von der großen Mehrheit der Bevölkerung als sinnvoll und nützlich empfunden werden, legalerweise existieren können und andererseits Interessenslagen, die vom Durchschnitt abweichen, entsprechend berücksichtigt werden können und diese Berücksichtigung auch einfach durchzusetzen ist.'*

Die Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG stellt somit lediglich eine Konkretisierung des allgemeinen Widerspruchsrechts des § 28 DSG dar und wird in dieser Bestimmung einen ausgewogener Ausgleich zwischen den Interessen von Datenbankbetreibern einerseits und in derartige Verzeichnisse aufgenommenen Betroffenen andererseits dar. Allein die Vielzahl von derartigen öffentlich zugänglichen Datenbanken, die gerade in Zeiten von neuen Medien bzw dem Internet bestehen, macht die Erhebung eines begründeten Widerspruchs gemäß § 28 Abs 1 DSG untunlich und würde sowohl Gerichte als auch einzelne Betroffene überfordern.

Die Vielzahl an privaten Online-Verzeichnisse, die derzeit entstehen, würde die Erhebung eines 'begründeten' Widerspruchs gemäß § 28 Abs 1 DSG für jeden einzelnen Betroffenen mit unzumutbarem Aufwand konfrontieren und insbesondere die effektive Rechtsdurchsetzung in derartigen Grenzfällen akut gefährden.

Der Widerspruch gemäß § 28 Abs 2 DSG soll jene Fälle abdecken, in denen Betroffene in ein umfassendes Verzeichnis aufgenommen werden, mithin eine Vielzahl von Betroffenen durch eine Datenanwendung berührt werden – dies, ohne dass diese der Verwendung der Daten im Vorfeld ausdrücklich zugestimmt haben. Diesbezüglich ist es im Sinne der Privatautonomie als Ausgleich angemessen, den Betroffenen das rechtliche Instrument eines unbegründeten Widerspruchs einzuräumen, in dem er nicht seine persönlichen Vorbehalte darlegen und beweisen muss, und diese Vorbehalte allenfalls auch rechtlich erst durchsetzen muss.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass der Widerspruch gemäß EU-Datenschutzrichtlinie nicht auf 'Geheimhaltungsinteressen' abstellt; gemäß Artikel 14 ist bei der Prüfung eines Widerspruchs auf '*überwiegende, schutzwürdige, sich aus ihrer besonderen Situation ergebende Gründe*' abzustellen. Dass die verwendeten Daten einer Geheimhaltung unterliegen sollen wird in der Datenschutzrichtlinie nicht gefordert und ist vielmehr das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs 1 DSG in dieser Hinsicht nicht richtlinienkonform ausgestaltet.

Die in der Datenschutzrichtlinie geforderte Interessenabwägung hinsichtlich eines Widerspruchs wurde betreffend der Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG bereits durch den Gesetzgeber vorgenommen; eine derartige Regelung ist in jenen Bereichen zulässig, in denen in der überwiegenden Mehrheit der Fälle von einem eindeutigen überwiegen der Interessen einer Seite auszugehen ist, wie im gegenständlichen Fall. Insbesondere ist gerade bei der Aufnahme in ein privates Verzeichnis davon auszugehen, dass das Interesse des Auftraggebers auf Voll-

ständigkeit des Verzeichnisses nicht spezifische private Interessen der Betroffenen überwiegen kann.

In Art. 14 I[i]t. b) der EU-Datenschutzrichtlinie ist überdies ein Widerspruchsrecht gegen die Verwendung von Daten zu Marketingzwecke enthalten, das keiner weiteren Abwägung bedarf (... *'auf Antrag kostenfrei gegen eine vom für die Verarbeitung Verantwortlichen beabsichtigte Verarbeitung sie betreffender Daten für Zwecke der Direktwerbung Widerspruch einzulegen oder ....'*).

Die seitens der Antragstellerin erhobenen Bedenken gegen diese Bestimmung bestehen daher nicht.

### 3.2. Kommunikationsfreiheit:

3.2.1. Die von der Antragstellerin herangezogene Judikatur zur Frage der Meinungs- und Informationsfreiheit ist allesamt nicht einschlägig; Gegenstand des Widerspruchs gemäß § 28 Abs 2 DSG sind nicht einzelne usergenerierte Foreneinträge (wie zur zitierten Entscheidung 6 Ob 178/04a) oder einzelne recherchierte Fachartikel (EGMR-Entscheidung *Bergens Tidende*), sondern die Aufnahme von Daten eines Betroffenen in eine öffentlich einsehbare Datenanwendung durch einen Auftraggeber. Folgt man den erläuternden Bemerkungen, soll nur die Aufnahme von Betroffenenendaten in öffentlich einsehbare Verzeichnisse Gegenstand des Widerspruchsrechts nach § 28 Abs 2 DSG sein.

Auch die deutsche Entscheidung zu *'spickmich.de'* ist insofern nicht einschlägig, als das System von *'spickmich.de'* nicht automatisch alle Lehrer im Bundesgebiet erfasste, sondern es vielmehr den Nutzern überlassen war, den *'content'* selbst zu generieren. Diesbezüglich gelten naturgemäß andere Voraussetzungen; insbesondere erfolgte keine Vernetzung der Datensätze einzelner Lehrer wie im gegenständlichen Fall bzw gab es auch keine *'Premiueinträge'* für einzelne Lehrer. Auch waren die Einträge von Lehrern nicht über Suchmaschinen im Internet abrufbar.

3.2.2. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist einem Gesetzesvorbehalt unterworfen und kann durch gesetzliche Regelungen eingeschränkt werden, soweit dadurch Rechte Dritter berührt werden. Dem entspricht auch die Vorgabe der Datenschutzrichtlinie der Europäischen Gemeinschaften; es sollte ein grundsätzlicher Interessenausgleich geschaffen werden. Die Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG nehmen diese Interessenprüfung vorweg und erkennen Betroffenen ein Recht auf Löschung unbedingt zu. Dies ergibt sich schon aus folgenden einfachen Überlegungen:

Die bloße Aufnahme von Daten in eine öffentlich einsehbare Datenbank stellt die geringst mögliche Ausformung der Meinungsfreiheit dar; weder werden irgendwelche Meinungen kundgetan noch sonstige Informationen einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Tatsächlich wurden die Arztdaten nicht manuell eingegeben, sondern mittels eines entsprechenden Programms ganz einfach die Datensätze der öffentlich einsehbaren Verzeichnisse der Ärztekammern übernommen. Privat geführte Datenbanken haben natürlich ein Interesse an weitest

möglicher Vollständigkeit. Diesem Interesse des Auftraggebers stehen jedoch die berechtigten Interessen der Betroffenen gegenüber:

Die Aufnahme in eine Datenbank hat zwangsläufig zur Folge, dass diese Daten über die Nutzung von Suchmaschinen entsprechend aufgefunden werden können. Tatsächlich zeigte eine durchgeführte Recherche auf zwei Suchmaschinen (Bing und Google), dass der Eintrag der beteiligten Partei als 'Arzt' jeweils unter den ersten zwei bzw drei Suchergebnissen aufscheint, was beim Benutzer dieser Website eine - wie auch immer geartete - wirtschaftliche Verbindung der beteiligten Partei mit der Antragstellerin suggeriert. Die Daten des Beteiligten werden in der von der Antragstellerin betriebenen Datenbank weiters analysiert und aufbereitet; es werden Standortdaten der Ordination erhoben (um 'Ärzte in der Nähe' zu ermitteln) und Verlinkungen zu anderen Ärzten hergestellt. Das Interesse der beteiligten Partei, diesbezüglich nicht in einer kommerziell genutzten Plattform aufzuscheinen, liegt auf der Hand, und hat der Gesetzgeber nachvollziehbarerweise die Interessen der Betroffenen, wie gegenständlich der beteiligten Partei, höher bewertet.

In derartigen Konstellationen hat sich der Gesetzgeber – völlig zu Recht – zu einem ausgewogenen Kompromiss entschieden, der es zum einen Unternehmen wie der Antragstellerin ermöglicht, die Daten des Beteiligten zunächst ohne Vorabzustimmung in eine Datenbank aufzunehmen, es gleichzeitig jedoch den Betroffenen ermöglicht, die Nutzung der Daten nachträglich zu untersagen.

3.2.3. Die von der Antragstellerin befürchtete Einschränkung der freien Meinungsäußerung liegt nicht vor; nicht die freie Meinungsäußerung der User der Antragstellerin ist Gegenstand des Verfahrens vor dem Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, sondern die Aufnahme des Betroffenen in eine Datenbank! Es handelt sich dabei nämlich um keine usergenerierte Datenbank (wie zB Wikipedia oder dem Portal 'spickmich.de'), sondern um eine elektronische Erfassung sämtlicher Ärzte anhand öffentlich einsehbarer anderer Datenbanken, in der die Antragstellerin nur allgemeine Daten zur Verfügung stellt. Eine eigene 'freie Meinungsäußerung' der Antragstellerin liegt überhaupt nicht vor; die offen gelegten Daten sind weder neu noch haben diese irgendeinen journalistischen Wert.

Die Antragstellerin ist weder eine Garantin für die freie Meinungsäußerung noch hat sie einen Anspruch darauf, Dritten eine vollständige Datenbank aller österreichischen Ärzte 'zur Kommentierung' zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin kann sich nicht auf die Meinungsfreiheit irgendwelcher Dritter Nutzer des Portals stützen, um ihre eigene kommerzielle Datenverwendung zu rechtfertigen!

3.2.4. Ein übermäßiger Eingriff des § 28 Abs 2 DSG in die freie Meinungsäußerung kann auch deshalb nicht vorliegen, weil zum einen der Anwendungsbereich äußerst eng gehalten ist, zum anderen auch journalistische Tätigkeit durch das Medienprivileg des § 48 DSG einem entsprechenden Schutz unterworfen ist. Diesbezüglich wäre somit die Aufnahme von Betroffenenendaten in öffentlich einsehbare Datenanwendungen, die mit journalistischem Hintergrund erfolgen

(zB EuGH 16.12.2008, C-73/07 – Veröffentlichung von Steuerdaten), ohnehin nicht vom Anwendungsbereich des § 28 Abs 2 DSG erfasst.

3.2.5. Der Anwendungsbereich des § 28 Abs 2 DSG ist auf einen engen Bereich beschränkt; weder sind davon Fachartikel oder freie Meinungsäußerung in Form von Blogs, Artikeln oder Zeitungsberichten betroffen, noch ist eine originär journalistische Tätigkeit dadurch in irgendeiner Form eingeschränkt.

Vielmehr stellt die Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG eine Konkretisierung der Bestimmung des § 28 Abs 1 DSG für einen spezifischen Aspekt der Datenverwendung dar und erleichtert in Fällen, in denen durch eine einzelne Datenbank zahlreiche Betroffenen vorhanden sind deren Rechtsdurchsetzung. Soweit überhaupt ein Eingriff in das Grundrecht der Kommunikationsfreiheit vorliegt, ist dieser jedenfalls verhältnismäßig und wiegen die möglicherweise beeinträchtigten Interessen des Auftraggebers auf Vollständigkeit seiner Datenbank jedenfalls geringer als die berechtigten Interessen des Betroffenen, nicht automatisch mit jeder privaten Datenbank in Verbindung gebracht zu werden. Die diesbezügliche Regelung erfüllt jedenfalls den Anspruch auf effektive Rechtsdurchsetzung; eine gewünschte 'Interessenabwägung' im Zuge eines Rechtsstreits würde die Rechtsverfolgung für die meisten Betroffenen massiv erschweren. Schon jetzt sind derartige Widersprüche gegen die Aufnahme in Datenbanken äußerst selten bzw führen aufgrund des erheblichen Prozesskostenaufwandes nur selten zu Gerichtsprozessen; eine durchzuführende 'Interessenabwägung' würde das Prozessrisiko unüberschaubar machen.

### 3.3. Gleichheitssatz:

3.3.1. Die Regelung des § 29 [gemeint wohl: § 28] Abs 2 DSG stellt eine Konkretisierung bzw eine Ausnahmebestimmung zu § 28 Abs 1 DSG dar und gilt für einen besonderen, im Gesetz klar bezeichneten Fall. Der Gesetzgeber ist bei dem von § 28 Abs 2 DSG erfassten Sachverhalt davon ausgegangen, dass bei Erhebung eines Widerspruchs die Interessen des einzelnen Betroffenen im Zweifel überwiegen, ansonsten er möglicherweise ungeachtet der Verletzung seiner Rechte nichts gegen einen derartigen Eintrag aufgrund des Prozessaufwandes unternehmen würde.

Eine derartige vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung ist grundsätzlich zulässig, sofern die vom Gesetzgeber durchgeführte Interessenabwägung verallgemeinerungsfähig ist. Richtigerweise sind die Interessen des Anbieters einer öffentlich zugänglichen Datenanwendung ('Auftraggeber') meist überschaubarer und meist wirtschaftlicher Natur; dies bedeutet, dass bereits geringfügige Interessen der Betroffenen ausreichen, um eine Interessenabwägung zu Gunsten des Betroffenen ausfallen zu lassen. Das Interesse der Antragstellerin erschöpft sich aufgrund der Vielzahl von Einträgen und deren zumeist EDV-mäßiger Erfassung auf eine 'Vollständigkeit' bzw den Gesamtumfang der Datenbank; ein einzelner Eintrag als solches ist für sie nur von geringem Interesse. Dem gegenüber stehen zahlreiche mögliche persönliche Interessen der Betroffenen, wie hier der beteiligten Partei, die bereits ausreichen, um das geringe Interesse des Anbieter an einem konkreten Eintrag zu überwiegen, wie zB die Abgrenzung vom Anbieter der privaten Datenbank, eine generelle Abneigung gegenüber

privaten Datenbanken bzw auch die Auffindbarkeit der privaten Datenbank bei einer Namenssuche des Betroffenen, oder hier konkret sogar die Verwendung des Namens der beteiligten Partei zur Bewerbung anderer Ärzte in der Umgebung. Die sind alles Motive, die für einen Widerspruch sprechen können.

Aufgrund der Ausnahmebestimmung des Medienprivilegs verfolgen nahezu alle von § 28 Abs 2 DSG erfassten privaten Datenbanken allein kommerzielle und keine sonstigen Interessen. Rein kommerzielle Interessen eines Anbieters sind jedoch stets geringer zu gewichten, als das Interesse der Betroffenen auf Schutz seiner Persönlichkeitsrechte, auf Datenschutz bzw Nichtverwendung seiner personenbezogenen Daten in fremden, kommerziellen Datenbanken.

3.3.2. Der Befürchtung der Antragstellerin, § 28 Abs 2 DSG stelle nicht auf 'schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen ab', ist entgegenzuhalten, dass gemäß Artikel 14 der Datenschutzrichtlinie Geheimhaltungsinteressen nicht die einzigen schutzwürdigen Interessen der Betroffenen sind, welche zu berücksichtigen sind. Vielmehr würde die Aufhebung der Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG zu einer planwidrigen Lücke im Datenschutzrecht führen, weil die Datenschutzrichtlinie ausdrücklich die Beachtlichkeit sämtlicher schutzwürdiger Interessen fordert und nicht nur auf Geheimhaltungsinteressen abstellt.

3.3.3. Die Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG stellt eine ausgewogene, verhältnismäßige und sachlich angemessene Regelung betreffend eines Sachverhalts dar, in dem das individuelle Interesse des Anbieters an der Verarbeitung von Daten eines bestimmten Betroffenen als eher gering einzustufen ist und bereits einzelne Interessen auf Seiten der Betroffenen als ausreichend erachtet werden, die weitere Nutzung seiner Daten zu untersagen. Die Bestimmung ist auch nicht zu weit angelegt, sondern nur auf eine konkrete Form der Datenverwendung anwendbar und sind insbesondere Datennutzungen im Zuge eines Medienunternehmens nicht davon betroffen.

Die 'einzelfallbezogene Abwägung' zwischen den Interessen der Anbieter und der Betroffenen wurde im Einzelfall des § 28 Abs 2 DSG bereits durch den Gesetzgeber vorgenommen und ist die Einschätzung des Gesetzgebers, der Anbieter habe an einzelnen Einträgen nur ein sehr geringes Interesse nicht unsachlich, sondern an einer durchschnittlichen Fallkonstellation angelegt. Vielmehr besteht auf Seiten des einzelnen Betroffenen ein massives Interesse, im Falle einer derartigen Datenverwendung eine schnelle und zuverlässige Möglichkeit zur Verfügung zu haben, um die unerwünschte Verwendung seiner Daten zu untersagen.

#### 3.4. Privatautonomie:

Von der Antragstellerin gänzlich außer Acht gelassen werden grundsätzliche Überlegungen zur Privatautonomie.

Wie auch die erläuternden Bemerkungen zum Datenschutzgesetz ausführen, werden Verzeichnisse wie das von der Antragstellerin geführte wohl von '*der großen Mehrheit der Bevölkerung*' als sinnvoll empfunden. Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass es sich dabei um private Unternehmungen handelt, die eine nicht gesetzlich angeordnete öffentliche Verarbeitung von Daten Betroffe-

ner durchführen. Die Aufnahme in ein derartiges Verzeichnis kann somit nicht verpflichtend sein, sondern kann es sich dabei nur um ein Angebot an den Betroffenen handeln, in ein derartiges Verzeichnis aufgenommen zu werden. Dieses Angebot muss vom Betroffenen auch unkompliziert abgelehnt werden können.

Die Antragstellerin hat die Daten automatisch aus dem Kammerverzeichnis – einer gesetzlich vorgeschriebenen Datenanwendung – übernommen, um damit die Umsetzung eines Geschäftsmodells zu ermöglichen. Dies bleibt der Antragstellerin unbenommen, doch muss es dem Betroffenen möglich sein, der ungefragten Nutzung seiner Daten im Rahmen dieses Modells schnell und unkompliziert zu widersprechen, zumal er dieser Datennutzung niemals seine Zustimmung erteilt hat. Wieso sollte der Betroffene, dessen Daten ohne Rücksprache nunmehr in einem öffentlichen, nicht gesetzlich angeordneten Verzeichnis geführt werden, ein langes Gerichtsverfahren führen (mit dem Risiko, den Prozesskostensatz am Ende des Verfahrens nicht einbringlich machen zu können), in dem er sein Interesse darlegen muss, dass der Auftraggeber die Daten nicht verwenden darf? Praktischerweise würde ein derartiger Prozessaufwand dazu führen, dass kaum Widersprüche gegen derartige Datenbanken erhoben werden würden, was nicht Sinn einer datenschutzrechtlichen Regelung sein kann. Tatsächlich würde dies zu einer 'Pflichtmitgliedschaft' in Verzeichnissen wie 'docfinder' führen!

Die Antragstellerin schiebt zur Begründung ihres kommerziellen Interesses allgemeine Überlegungen zur Meinungsfreiheit vor, ohne zu erkennen, dass gemäß ihrer eigenen Ausführungen auf dem Portal es sich dabei um ein Informationsangebot handelt. Es muss für Betroffene jedoch auch die Möglichkeit geben, ein derartiges Angebot ohne Rechtfertigung abzulehnen; alles andere würde eine 'Zwangsbelückung' des Betroffenen darstellen.

Eine zusätzliche 'Interessenabwägung' im Anwendungsbereich des § 28 Abs 2 DSGVO hätte zur Folge, dass ein Betroffener sein Interesse darlegen müsste, nicht in einer öffentlichen privaten Datenanwendung verzeichnet zu sein – mithin der Betroffene überzeugend darlegen müsste, weshalb er das 'Angebot' der Auftraggeberin nicht annimmt ('Opting-out'). Dies gilt umso mehr, als die überwiegende Mehrzahl der tatsächlich in den Anwendungsbereich des § 28 Abs 2 DSGVO fallenden Verzeichnisse einen kommerziellen Hintergrund haben und daher nur eingeschränkt schutzwürdig sind.

Es ist jedoch Kern der Privatautonomie, dass jede Person ihre Geschäftspartner selbst wählen kann und gestellte Angebote auch ohne Begründung ablehnen kann. Dasselbe hat auch für öffentlich zugängliche Datenanwendungen zu gelten, in der automatisierte Einträge Betroffener ohne deren ausdrückliche Zustimmung erstellt werden.

Der Interessenausgleich des § 28 Abs 2 DSGVO besteht darin, dass die Zustimmung des Betroffenen zu dieser Datenanwendung vorab vermutet wird, diese Vermutung der Zustimmung jedoch jederzeit durch Widerspruch entkräftet werden kann.

Auch aus diesen Gründen ist die Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG nicht verfassungswidrig."

5. Der Verfassungsgerichtshof führte am 30. September 2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der die Parteien zu Fragen der Auslegung und der Verhältnismäßigkeit der angefochtenen Bestimmung sowie zu Fragen der Auslegung der Datenschutz-Richtlinie Stellung nahmen. 14

## IV. Erwägungen

### 1. Zur Zulässigkeit

1.1. Voraussetzung eines Parteiantrages auf Normenkontrolle ist – entsprechend der Formulierung des Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG – die Einbringung eines Rechtsmittels in einer "in erster Instanz entschiedenen Rechtssache", somit eines (gemäß § 62a Abs. 1 erster Satz VfGG rechtzeitigen und auch sonst zulässigen) Rechtsmittels gegen eine die Rechtssache erledigende Entscheidung erster Instanz. Außerdem muss der Parteiantrag gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG "aus Anlass" der Erhebung eines Rechtsmittels gestellt werden, was § 62a Abs. 1 erster Satz VfGG dahin präzisiert, dass der Parteiantrag "gleichzeitig" mit dem Rechtsmittel gestellt werden muss. 15

1.2. Dem Erfordernis der Gleichzeitigkeit hat die antragstellende Gesellschaft jedenfalls dadurch Rechnung getragen, dass sie den vorliegenden Parteiantrag und die Berufung gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 24. April 2015 am selben Tag erhoben und eingebracht hat (vgl. VfGH 3.7.2015, G 46/2015). 16

1.3. Der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass die Berufung der antragstellenden Gesellschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 24. April 2015 zulässig ist. 17

1.4. Die Bestimmung, deren Aufhebung die antragstellende Gesellschaft begehrt, ist auch präjudiziell: Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien hat § 28 Abs. 2 DSG 2000 im Anlassverfahren angewendet. Auch die Bundesregierung bestreitet die Präjudizialität des § 28 Abs. 2 DSG 2000 nicht. 18

1.5. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich der Antrag als zulässig. 19

## 2. In der Sache

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003). 20

2.1. Die antragstellende Gesellschaft bringt zusammengefasst zunächst vor: Die Geltendmachung des Widerspruchsrechts führe dazu, dass die Verarbeitung und Veröffentlichung der jeweiligen personenbezogenen Daten und der darauf aufbauende Meinungsaustausch im Internetportal der antragstellenden Gesellschaft nicht mehr möglich sei. Dies stelle einen Eingriff in das Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit dar. Da das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 keiner Begründung bedürfe und keine Abwägung zwischen dem (unter Umständen gar nicht vorliegenden) Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen und dem Interesse an einer öffentlichen Meinungsbildung stattfinde, sei dieser Eingriff unverhältnismäßig. 21

2.1.1. § 28 Abs. 1 DSG 2000 räumt jedem von einer Datenverwendung Betroffenen das Recht ein, gegen die Verwendung seiner Daten wegen Verletzung überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, die sich aus seiner besonderen Situation ergeben, beim Auftraggeber der Datenanwendung Widerspruch zu erheben. Der Auftraggeber hat bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Daten des Betroffenen binnen acht Wochen aus seiner Datenanwendung zu löschen und allfällige Übermittlungen zu unterlassen. Im Fall eines Widerspruchs gemäß § 28 Abs. 1 DSG 2000 ist daher unzweifelhaft eine Interessenabwägung durchzuführen (so auch OGH 14.9.2006, 6 Ob 167/06m; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* [Hrsg.], DSG<sup>2</sup>, § 28 Anm. 4). 22

Mit dem Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs. 1 DSG 2000 wurde die Vorgabe des Art. 14 lit. a Datenschutz-Richtlinie umgesetzt, wonach die Mitgliedstaaten das 23

Recht der betroffenen Person anerkennen, "zumindest in den Fällen von Artikel 7 Buchstaben e) und f) jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen zu können, daß sie betreffende Daten verarbeitet werden; dies gilt nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung. Im Fall eines berechtigten Widerspruchs kann sich die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht mehr auf diese Daten beziehen; [...]"

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

24

- "a) Die betroffene Person hat ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben;
- b) die Verarbeitung ist erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen;
- c) die Verarbeitung ist für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt;
- d) die Verarbeitung ist erforderlich für die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person;
- e) die Verarbeitung ist erforderlich für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Dritten, dem die Daten übermittelt werden, übertragen wurde;
- f) die Verarbeitung ist erforderlich zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind, überwiegen."

Gemäß Art. 8 Abs. 1 Datenschutz-Richtlinie ist die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von Daten über Gesundheit oder Sexualleben grundsätzlich zu untersagen; Abs. 2 leg.cit. listet taxativ Ausnahmen auf.

25

Art. 7 Datenschutz-Richtlinie wurde hinsichtlich der Verwendung nicht-sensibler Daten insbesondere in § 8 DSG 2000 (vgl. *Ennöckl*, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung, 2014, 366) umgesetzt. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen sind demnach bei Verwendung nicht-sensibler Daten unter anderem dann nicht verletzt, wenn "überwiegende berechnigte Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern" (§ 8 Abs. 1 Z 4 DSG 2000). Jeder Datenverwendung muss daher eine Interessenabwägung vorangehen (vgl. *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* [Hrsg.], DSG<sup>2</sup>, § 8 Anm. 9). § 8 Abs. 3 DSG 2000 nennt demonstrativ Fälle, in denen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen aus dem Grunde des § 8 Abs. 1 Z 4 DSG 2000 nicht verletzt sind. 26

2.1.2. Gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 kann der Betroffene "gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung [...] jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben. Die Daten sind binnen acht Wochen zu löschen". 27

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

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

2.1.2.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Widerspruchsrecht des § 28 Abs. 2 DSG 2000 den Betroffenen nur in jenen Fällen zusätzlichen Rechtsschutz 29

einräumt, in denen die Verarbeitung der Daten grundsätzlich rechtmäßig ist, etwa weil "überwiegende berechtigte Interessen des Auftraggebers die Verwendung erfordern" (§ 8 Abs. 1 Z 4 DSG 2000) oder es sich um zulässigerweise veröffentlichte Daten (§ 8 Abs. 2 DSG 2000) handelt.

2.1.2.2. Die öffentliche Zugänglichkeit einer Datenanwendung iSd § 28 Abs. 2 DSG 2000 liegt dann vor, wenn sie einem nicht von vornherein bestimmten, nach außen hin begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wird und der Zugang zur Datenanwendung nur von der Entscheidung des Auftraggebers über das ausreichende Interesse des Abfragenden abhängig ist (vgl. OGH 13.9.2012, 6 Ob 107/12x mwN zur "öffentlich zugänglichen Datei" iSd § 28 Abs. 2 DSG 2000 idF vor der Datenschutznovelle 2010). 30

2.1.2.3. Der Begriff der "Datenanwendung" iSd § 4 Z 7 DSG 2000 entspricht dem früher verwendeten Begriff der "Datenverarbeitung"; der Gesetzgeber versteht darunter "die Summe der in ihrem Ablauf logisch verbundenen Verwendungsschritte (Z 8), die zur Erreichung eines inhaltlich bestimmten Ergebnisses (des Zweckes der Datenanwendung) geordnet sind und zur Gänze oder auch nur teilweise automationsunterstützt, also maschinell und programmgesteuert, erfolgen (automationsunterstützte Datenanwendung)". Durch die Verwendung des Begriffs der "Datenanwendung", der mit der Datenschutznovelle 2010, BGBl. I 133/2009, an Stelle des in § 28 Abs. 2 DSG 2000 in der Stamfassung verwendeten Begriffs der "Datei" gesetzt wurde, soll nach den Materialien (RV 472 BlgNR 24. GP, 11) gewährleistet werden, dass "auch etwa bei Internetanwendungen, bei denen über die Dateieigenschaft Unklarheit besteht, das Recht auf Widerspruch geltend gemacht werden kann". 31

So stellt etwa die Veröffentlichung personenbezogener Daten auf einer Internetseite eine Datenanwendung dar (vgl. dazu *Koukal*, Widerspruchsrecht – Kleine Änderung, große Wirkung, MR 2009, 363). Auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ist der Vorgang, der darin besteht, personenbezogene Daten auf eine Internetseite zu stellen, als Datenverarbeitung iSd Art. 3 Abs. 1 Datenschutz-Richtlinie anzusehen (EuGH 6.11.2003, C-101/01, *Lindqvist*). 32

2.1.2.4. Nach der von der Bundesregierung in ihrer Äußerung sowie in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung, die explizit auf einer unions- und verfassungskonformen Auslegung der angefochtenen Bestimmung beruht, 33

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

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

34

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

2.1.2.6. Der Verfassungsgerichtshof legt diese Auslegung der angefochtenen Bestimmung durch den Obersten Gerichtshof, die auch das Landesgericht für Zivilrechtssachen im Anlassverfahren heranzog, seiner Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren zugrunde. 35

2.1.3. Nach Art. 10 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Vom Schutzzumfang dieser Bestimmung, die das Recht der Freiheit der Meinung und der Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden einschließt, werden sowohl reine Meinungskundgaben als auch Tatsachenäußerungen, aber auch Werbemaßnahmen erfasst. Die Übermittlung von Informationen ist unabhängig von deren Inhalt von Art. 10 EMRK umfasst. Art. 10 EMRK unterscheidet auch nicht, ob damit kommerzielle Zwecke verfolgt werden oder nicht (so etwa EGMR 24.2.1994, Fall *Casado Coca*, Appl. 15450/89, NL 1994, 84; vgl. auch VfSlg. 18.378/2008). Hinsichtlich des Rechts auf Zugänglichkeit und Empfang von Informationen verbietet Art. 10 EMRK in erster Linie die Beschränkung des Empfangs von Informationen, die andere einer Person zukommen lassen oder beabsichtigen zukommen zu lassen (EGMR 26.3.1987, Fall *Leander*, Appl. 9248/81, Z 74). 36

Art. 10 Abs. 2 EMRK sieht allerdings im Hinblick darauf, dass die Ausübung dieser Freiheit Pflichten und Verantwortung mit sich bringt, die Möglichkeit von Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen vor, wie sie in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes und der Rechte anderer, zur Ver- 37

hinderung der Verbreitung von vertraulichen Nachrichten oder zur Gewährleistung des Ansehens und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung notwendig sind.

Ein verfassungsrechtlich zulässiger Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung muss sohin, wie auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausgesprochen hat (s. zB EGMR 26.4.1979, Fall *Sunday Times*, EuGRZ 1979, 390; 25.3.1985, Fall *Barthold*, EuGRZ 1985, 173), gesetzlich vorgesehen sein, einen oder mehrere der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten rechtfertigenden Zwecke verfolgen und zur Erreichung dieses Zweckes oder dieser Zwecke "in einer demokratischen Gesellschaft notwendig" sein (vgl. VfSlg. 12.886/1991, 14.218/1995, 14.899/1997, 16.267/2001 und 16.555/2002). 38

2.1.4. § 28 Abs. 2 DSG 2000, der den von einer nicht gesetzlich angeordneten Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung Betroffenen ein jederzeitiges und begründungsloses Widerspruchsrecht einräumt, das eine unbedingte Verpflichtung des Auftraggebers zur Löschung der Daten nach sich zieht, greift in die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit des Art. 10 EMRK ein. 39

Die angefochtene Bestimmung dient – wie auch aus den Materialien (RV 1613 BlgNR 20. GP, 48) hervorgeht – dem Schutz des Betroffenen und damit einem legitimen Ziel im Sinne des Art. 10 Abs. 2 EMRK. Der Verfassungsgerichtshof verkennt nicht, dass die Aufnahme personenbezogener Daten in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung für den Betroffenen, der diese Art der Verwendung nicht zumindest duldet, einen schweren Eingriff in seine Interessen darstellen kann (vgl. *Kotschy*, Das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten, in: Janel [Hrsg.], Datenschutzrecht und E-Government, 2012, 49). 40

Einem Widerspruch gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 hat der Auftraggeber jedoch auch dann binnen acht Wochen mittels Löschung der betroffenen Daten Folge zu leisten, wenn sein Interesse an der Äußerung oder Weitergabe der mit den personenbezogenen Daten verbundenen Information bzw. das Interesse der (potentiellen) Empfänger am Zugang zu dieser Information jenes des Betroffenen an der Löschung aus der öffentlich zugänglichen Datenanwendung überwiegt. 41

Mit der Ausübung des Widerspruchsrechts gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 kann der Betroffene jede Art der fortgesetzten Zugänglichmachung von Information in einer öffentlichen Datenanwendung in Zusammenhang mit seiner Person unter- 42

binden, ganz unabhängig davon, ob es sich dabei etwa um Angaben zur Person des Betroffenen, zu seinen Lebensumständen, seinem persönlichen Hintergrund oder seiner beruflichen Tätigkeit, oder ob es sich etwa um Fakten, um Tatsachenbehauptungen oder um Werturteile über den Betroffenen handelt. Damit ist etwa die Aufnahme in ein öffentlich zugängliches Telefon- oder Adressverzeichnis ebenso erfasst wie eine kritische Auseinandersetzung mit der Tätigkeit eines namentlich genannten Politikers auf einer Internetseite.

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

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

2.1.6. Soweit die Bundesregierung in ihrer Äußerung darauf hinweist, dass der Gesetzgeber durch das Medienprivileg gemäß § 48 Abs. 2 DSG 2000 umfangreiche Ausnahmen vom Widerspruchsrecht vorgesehen und dadurch Verletzungen im Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit "weitgehend vorgebeugt" habe, vermag dies nicht zu überzeugen:

Es kann dahingestellt bleiben, welchen Anwendungsbereich § 48 DSG 2000, dessen Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Verfassungsgerichtshof

bei der Entscheidung über den vorliegenden Antrag nicht zu klären hat, im Einzelnen hat (vgl. etwa *Hattenberger/Hoi*, Ein "Medienprivileg" für alle und für alles?, in: Jahnel [Hrsg.], Datenschutzrecht – Jahrbuch 14, 2014, 251, 272 ff; aA *Herzig*, Medienprivileg nach § 48 DSG und nach Art 9 der Datenschutzrichtlinie: Eine Case Study zur richtlinienkonformen Auslegung des österreichischen Datenschutzrechts, in: Jahnel [Hrsg.], Datenschutzrecht – Jahrbuch 14, 2014, 281, 284 ff.). Selbst bei einem (allenfalls unionsrechtlich gebotenen, vgl. EuGH 16.12.2008, Rs. C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu*) weitgehenden Anwendungsbereich des § 48 DSG 2000 erfasst das darin normierte Medienprivileg – wie auch der Vertreter der Bundesregierung in der mündlichen Verhandlung darlegte – nicht alle Fälle der von Art. 10 EMRK geschützten Kommunikations- und Informationsfreiheit.

Es gibt daher Fallkonstellationen, in denen – mangels Anwendbarkeit des § 48 DSG 2000 – das Widerspruchsrecht gemäß § 28 Abs. 2 DSG 2000 ausgeübt werden kann und eine unbedingte Lösungsverpflichtung des Auftraggebers bewirkt, obwohl Art. 10 EMRK die Durchführung einer Interessenabwägung gebietet. 47

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

## V. Ergebnis

1. § 28 Abs. 2 DSG 2000 ist wegen Verstoßes gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 10 EMRK als verfassungswidrig aufzuheben. 49

2. Die Bestimmung einer Frist für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesstelle gründet sich auf Art. 140 Abs. 5 dritter und vierter Satz B-VG. 50

3. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG. 51
4. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG. 52

Wien, am 8. Oktober 2015

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:

Mag. HILLISCH