



Verfügung über Daten im Anwendungsbereich der DSGVO

Bericht über das am 15.01.2019 am Juridicum veranstaltete Legal Lunch Seminar (LLS)

Christoph Müller

A. Zielsetzung der Veranstaltung

Das LLS dient der Förderung des intradisziplinären Austausches und der institutsübergreifenden Zusammenarbeit auf Mittelbauebene der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Diesem Ansatz entsprechend, verknüpfen *Felix Zopf* (Institut für Innovation und Digitalisierung im Recht) und *Martin Miernicki* (Institut für Recht der Wirtschaft) Datenschutz- und Zivilrecht in einem besonders praxisrelevanten Querschnittsbereich.

B. Vortrag

Nach einer kurzen Vorstellung der beiden Vortragenden durch *Julia Told* eröffnet *Felix Zopf* die Veranstaltung mit datenschutzrechtlichen Grundlagen. Es ist wohl kein Geheimnis, dass mittlerweile ganze Wirtschaftszweige ihr Geschäftsmodell (un)mittelbar auf Datenverarbeitung aufbauen („Datengetriebene Geschäftsmodelle“). Damit einhergehend werden die regulatorischen Schrauben angezogen, wie sich eindrucksvoll anhand der im Mai 2018 in Kraft getretenen **DSGVO** zeigt. *Felix Zopf* erläutert die Zielsetzung und den Anwendungsbereich dieser in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anzuwendenden Norm. Prinzipiell regelt die DSGVO die (teilweise) automatisierte Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Bei diesen handelt es sich um Informationen über identifizierte bzw identifizierbare natürliche Personen. Sowohl der Verarbeitungs- als auch der Datenbegriff sind enorm weitläufig. Dazu passend reichert *Felix Zopf* seinen Vortrag mit prominenten Beispielen wie zB Facebook an. Beim ebenfalls abzusteckenden örtlichen

Anwendungsbereich wird primär auf eine Niederlassung in der EU abgestellt, in deren Rahmen die Daten verarbeitet werden. In bestimmten Konstellationen eröffnet freilich bereits die Verarbeitung von Daten von in der Union befindlichen Personen den Anwendungsbereich der DSGVO. Abschließend erwähnt *Felix Zopf* die in Art 9 DSGVO normierten sensiblen Daten (zB ethnische Herkunft, politische Meinungen, etc), deren Verarbeitung besonders streng gehandhabt wird.

Sodann erläutert der Vortragende den grundsätzlichen **Mechanismus** hinter der DSGVO: An sich ist jegliche Datenverarbeitung verboten, sofern nicht einer der taxativen Ausnahmetatbestände greift. Von besonderer Relevanz – insbesondere für den zivilrechtlichen Teil des Vortrags – sind folgende Ausnahmetatbestände: (1) **Einwilligung**, (2) Erforderlichkeit der Verarbeitung für die **Erfüllung eines Vertrags** und (3) die Erforderlichkeit der Verarbeitung zur Wahrung eines **berechtigten Interesses**. *Felix Zopf* widmet sich in besonderem Maße der Einwilligung und erläutert deren Tatbestandselemente: Neben der Einwilligungsfähigkeit, dem Einwilligungsbewusstsein und der Freiwilligkeit hat die Einwilligung in informierter und transparenter Weise zu erfolgen. Das setzt in der Regel eine entsprechende Aufklärung und Vertragsgestaltung des Verarbeiters voraus. Zudem bedarf es eines klar definierten Verarbeitungszwecks. Die Zustimmung ist überdies jederzeit widerruflich. Laut *Felix Zopf* stellt die jederzeitige Widerruflichkeit insbesondere für jene Unternehmen einen Krähfuß dar, deren Geschäftsmodell auf laufenden Datenverarbeitungen basiert. Der Vortragende setzt mit kontrastierenden Ausführungen zu den übrigen Ausnahmetatbeständen fort und thematisiert deren **Verhältnis** zueinander. Wenngleich man grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit ausgehen darf, ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Beachtliches Gewicht entfalten insbesondere die aus Deutschland stammenden Meinungsbilder, die vor einer Entwertung des in der Einwilligung verkörperten Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung“ warnen, sofern die Einwilligung durch eine andere Rechtsgrundlage „ersetzt“ werden kann.

Das schlägt die Brücke zum zivilrechtlichen Teil von *Martin Miernicki*. Fraglich ist insbesondere, wie die datenschutzrechtliche Voraussetzung der **Einwilligung** zivilrechtlich wirkt. Schließlich stellt auch das Zivilrecht in vielerlei Hinsicht auf die Einwilligung iS übereinstimmender Willenserklärungen ab und versucht, auf die damit verbundenen Probleme Antworten zu geben, wie das AGB-Recht eindrucksvoll zeigt. Da es sich bei der DSGVO um einen Europarechtsakt handelt, ist in ihrem Anwendungsbereich von einer autonomen und im Datenschutzrecht zu verortenden Auslegung des „Einwilligungsbegriffs“ auszugehen. Getrennt davon ist die zivilrechtliche Einwilligung nach dem jeweiligen nationalen Privatrecht zu prüfen, wobei gerade das AGB-Recht stark von europarechtlichen Grundwertungen (zB „Klausel-Richtlinie“ RL 93/13/EWG) geprägt ist. In der Folge skizziert *Martin Miernicki*

grafisch anschaulich die einzelnen Prüfschritte für das österreichische Recht (Einbeziehungskontrolle, Geltungskontrolle, Inhaltskontrolle, Transparenzgebot).

Mit diesen Grundlagen gerüstet, taucht der Vortragende in die Praxis ein und präsentiert zwei OGH-Entscheidungen, die aus Verbandsklagen nach § 28 KSchG resultierten: Bei der Entscheidung **2 Ob 155/16 g** („Amazon“) handelte es sich um einen „Altfall“ vor Inkrafttreten der DSGVO, weshalb prinzipiell liechtensteinisches Datenschutzrecht zur Anwendung gekommen wäre. Mit der streitgegenständlichen Klausel sollte der Kunde seine **Einwilligung** zu einer weitgehend unbestimmten Datenverarbeitung geben. Dem „Trennungsprinzip“ folgend, unterzog der OGH die Klausel einer **AGB-Kontrolle** und sprach bereits in diesem ersten Schritt die Unzulässigkeit aus. Er stütze sich hierbei auf das scharfe Schwert des Transparenzgebots nach § 6 Abs 3 KSchG. Eine datenschutzrechtliche Prüfung konnte folglich ausbleiben.

Diesen getrennten Prüfungsschritten blieb der OGH auch in der Entscheidung **6 Ob 140/18 h** („Simpli-TV“) treu. Einschlägig war eine einwilligende Klausel zur Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten. Anders als zuvor scheiterte die Zulässigkeit in diesem Fall am **datenschutzrechtlichen Kopplungsverbot**. Eine derartige Kopplung höhlt die erforderliche Freiwilligkeit der Einwilligung aus. Hervorzuheben ist jedoch, dass der OGH eine Vorlage an den EuGH zur Präzisierung nicht für notwendig erachtete.

Den Spielraum in diesem Bereich aufzeigend, referiert *Martin Miernicki* in der Folge eine kürzlich ergangene Entscheidung der Datenschutzbehörde **DSB-D122.931/0003-DSB/2018**. Diese erachtete die Kopplung dann für zulässig (= freiwillige Einwilligung), wenn alternativ ein zahlungspflichtiges und nicht unverhältnismäßig teures Abo angeboten würde. Konkret ging es um die Tageszeitung „Der Standard“, die ihren Kunden sowohl ein „Gratis-Modell“ mit Datenverarbeitung als auch einen zahlungspflichtigen Dienst zur Verfügung stellte. Ein „äquivalenter Alternativzugang“ könnte folglich einen tauglichen Weg für die Zukunft begründen.

Mit diesem Gedankenanstoß schließt *Martin Miernicki* den Vortrag und lädt das Publikum zu einer angeregten Diskussion ein.

C. Diskussion

Diesem Ruf folgend, eröffnet *Maximilian Ludvik* die Publikumsrunde. *Julian Pehm* greift das **Kopplungsverbot** auf. Ihm ist unklar, ob sich das Modell des „äquivalenten Alternativzugangs“ auf Geschäftsfelder ausweiten lasse, die, wie beispielsweise Facebook, vollständig auf Datenverarbeitung beruhen. *Martin Miernicki* hinterfragt, ob die Datenverarbeitung für die Leistung von Facebook tatsächlich umfassend erforderlich ist. Ähnlich führt *Felix Zopf* aus: Aus rechtlicher Perspektive müsse man lediglich das

Geschäftsmodell „zerlegen“ und die einzelnen Elemente herausarbeiten. So gebe es durchaus auch bei Facebook Elemente, die nicht zwingend auf der Datenverarbeitung des jeweiligen Nutzers beruhen, wie etwa das Anzeigen von sonstigen Beiträgen. Insgesamt werde aber die Schwierigkeit auf die Sachverhaltsebene verlagert.

Im Zuge der nächsten Wortmeldung äußert *Sebastian Schwamberger* Kritik an der zweiten OGH-Entscheidung. Seiner Ansicht nach sei das Vorliegen eines **Acte-Clair** nur schwer zu begründen. Dies werde durch abweichende Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten (konkret Italien) evident.

Als Nächstes weist *Georg Brameshuber* auf die rezenten Vorwürfe gegen die **Post** in Hinblick auf den Verkauf von Wählerdaten hin. Zudem zeigt er sich für die von den Vortragenden erwähnte **teleologische Reduktion** bei den Ausnahmetatbeständen der Vertragserfüllung/Interessenwahrung interessiert. Diese griffen dann nicht, wenn die Datenverarbeitung einem über diese Zwecke hinausgehenden kommerziellen Interesse diene. Für *Georg Brameshuber* sei jedoch das Bestehen von „nicht-kommerziellen Interessen“ nur schwer vorstellbar, da jedes Unternehmen am Ende des Tages derartige Interessen verfolge. *Felix Zopf* nimmt zu beiden Punkten Stellung: Bezüglich der Post sei der Sachverhalt nicht restlos geklärt bzw offengelegt. Es scheint, dass die Post Adressen mit den Ergebnissen der Briefwahl verknüpft und die Datensätze an Dritte weiterverkauft habe. Eine derartige Vorgehensweise wäre datenschutzrechtlich hochproblematisch, insbesondere, weil die politische Einstellung zu den sensiblen Daten nach Art 9 DSGVO zählt. Daran anknüpfend nimmt *Felix Zopf* einen Exkurs und spannt den Bogen zu Facebook – insbesondere das „Liken“ von politischen Seiten und Beiträgen würde relativ schnell den weitgehend sicheren Schluss auf sensible Daten erlauben. Bezüglich der (nicht-)kommerziellen Interessen verweist *Felix Zopf* auf die Erwägungsgründe zur DSGVO, die Beispiele liefern. Ein kommerzielles Interesse liege etwa dann nicht vor, wenn das Mahnwesen im Konzern ausgelagert sei und das übergreifende Datenverarbeitungen erforderlich mache. Auch die Korruptionsbekämpfung oder die Bekämpfung von Cyberkriminalität begründeten kein wirtschaftliches Interesse. In diesen Fällen greife die teleologische Reduktion der Ausnahmetatbestände folglich nicht.

Nachdem *Sebastian Schwamberger* noch eine kurze Replik zur zweiten OGH-Entscheidung aufs Tapet gebracht hat, eröffnet *Wolfgang Brodil* eine gänzlich neue Baustelle: Er fragt sich, ob dogmatisch eine Trennung zwischen der **wahrscheinlichen** Zuweisung personenbezogener Daten und **jedenfalls** personenbezogenen Daten vorzunehmen ist. Konkret bringt er das Beispiel von Arbeitnehmer Logfiles, die das häufige Ansteuern von Internetseiten über Hepatitis C darlegen. Resultiert dann aus dem auf Wahrscheinlichkeiten beruhenden Schluss einer Erkrankung ein personenbezogenes Datum? Bejahendenfalls könnte jedermann allein über Wahrscheinlichkeiten personenbezogene Daten generieren. *Felix Zopf* erwidert, dass sich über statistische Methoden relativ treffsicher

wahrheitsgetreue Informationen generieren ließen und bringt Beispiele zum Userverhalten auf Facebook (zB Konnex zwischen Likes und politischer Einstellung oder sexueller Orientierung). Er zeigt insofern Präferenzen für einen umfassenden Begriff des personenbezogenen Datums. In eine ähnliche Richtung argumentiert *Jakob Zanol*, der darauf hinweist, dass auch unrichtige Daten unter die DSGVO fallen. Die Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit könne dem Datum insofern keinen Abbruch tun. Anders gewendet, selbst, wenn jemand nur zu 40% wirklich krank sei, stelle diese potenziell (un)richtige Information ein personenbezogenes Datum dar. Der Schlüssel für das Problem liege vielmehr im „Verwendungszusammenhang“, also für welchen Zweck Daten verwendet werden.

Abgerundet wird die angeregte Diskussion durch den Co-Moderator *Maximilian Ludvik*, der eine Frage zum **digitalen Nachlass** aufwirft. Konkret geht es ihm darum, ob ein Erbe die Widerrufsbefugnis des Verstorbenen zur Datenverarbeitung geltend machen kann. Die Antwort von *Felix Zopf* fällt klar aus: Mit dem Tod endet prinzipiell der Anwendungsbereich der DSGVO, die höchstpersönliche Rechte vermittelt. Die DSGVO erlaube den Mitgliedstaaten allerdings eine abweichende Regelung. Ergänzend wirft *Joachim Pierer* ein, dass rein zivilrechtliche Schutzkonstruktionen keine Einbuße erleiden. So bliebe beispielsweise ein Arzt – unabhängig von der DSGVO – durch den Behandlungsvertrag auch nach dem Tod des Patienten zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Damit schließen *Maximilian Ludvik* die Diskussion und *Julia Told* das LLS, das sich durch eine kompakte Darstellung der Grundlagen und eine geschickt gewählte Schwerpunktsetzung für weiterführende Überlegungen ausgezeichnet hat.

D. Schluss

Das Legal Lunch Seminar wurde aus dem Overhead Drittmittel Budget der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien finanziert. Der nächste Termin findet am 09.04.2019 wie gewohnt von 12.30-13.30 Uhr im Dachgeschoß des Juridicums statt. Das Thema wird zeitnah über die Website <https://unternehmensrecht.univie.ac.at/team/rueffler/legal-lunch-seminar-lls/> sowie per Mailverteiler bekannt gegeben.