

5/2019

S. 173–216, ART.-NR. 62–78

Oktober 2019

# jusIT

IT-RECHT, RECHTSINFORMATION, DATENSCHUTZ

Herausgeber: Christian Bergauer, Dietmar Janel,  
Peter Mader, Elisabeth Staudegger

## BEITRÄGE:

- » **Staudegger**, Die Realisierung des Digitalen Binnenmarkts – aktuelle Entwicklungen des IT-Rechts im Überblick
- » **Thiele**, Die datenschutzrechtliche Rolle des Sachverständigen
- » **Geuer/Wollmann**, Betriebsrat und datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit
- » **Theresia Leitinger/Thomas Schwab**: Der Geltungsbereich des DSG und der DS-GVO für öffentlich zugängliche Daten

## JUDIKATUR:

- » **EGMR**: Zur Beeinträchtigung der Privatsphäre bei Abbildung eines kaum genützten Prominentenwohnhauses
- » **EuGH**: E-Mail-Dienste wie Gmail sind keine Telekommunikationsdienste
- » **EuGH**: Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling
- » **EuGH**: Gemeinsame Verantwortung für Facebook-Like-Button



MMag. Theresia Leitinger, M.A.I.S., Mag. Thomas Schwab

# Der Geltungsbereich des DSG und der DS-GVO für öffentlich zugängliche Daten

» jusIT 2019/72

✚ Veröffentlichte Daten, Betroffenenrechte, Informationspflicht, Grundrecht auf Datenschutz, Handynummer, E-Mail-Adresse, personenbezogene Daten

§ DSG: § 1; TKG 2003: § 107; VO (EU) 2016/679: Art 4, 5, 6, 13, 14

Der Beitrag behandelt die Frage, ob der Schutzbereich des DSG und der DS-GVO auch für veröffentlichte Daten<sup>1</sup> gilt und ob die Verarbeitung öffentlich zugänglicher Daten eine Informationspflicht des Verantwortlichen auslöst.

## 1. Einleitung

Vor dem Hintergrund, dass Daten in einer digitalisierten Welt von immer größerer Bedeutung sind und das Thema Datenschutz eine immer gewichtigere Rolle für jeden individuell Betroffenen einnimmt, setzt sich dieser Artikel mit der Frage auseinander, ob auch Daten, die bereits veröffentlicht wurden, den Schutz des DSG und der DS-GVO<sup>2</sup> genießen.

Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen ist die Entscheidung der DSB<sup>3</sup> aus dem letzten Quartal 2018, in der ein Betroffener (Beschwerdeführer) seine Handynummer auf seiner Homepage öffentlich machte. In weiterer Folge kontaktierte der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer telefonisch zu Werbezwecken, um diesem Produkte zu verkaufen bzw anzubieten. Auf die Frage des Beschwerdeführers, aus welcher Quelle der Beschwerdegegner die Mobiltelefonnummer habe, gab dieser keine Auskunft. Die DSB setzte sich daraufhin mit der Frage auseinander, ob diese Vorgangsweise gegen das geltende Datenschutzrecht verstößt. Die AutorInnen sind der Ansicht, dass das Vorgehen des Beschwerdegegners nicht nur am von der DSB geprüften Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG, sondern auch an mehreren „Hürden“ der DS-GVO rechtlich gescheitert wäre und nehmen diese Prüfung im vorliegenden Beitrag daher vor.

## 2. Die Schutzwürdigkeit öffentlich zugänglicher Daten nach dem Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG

Zunächst setzte sich die DSB mit der Frage auseinander, ob sie überhaupt dazu befugt ist, über potenzielle datenschutzrechtliche Verletzungen wegen eines Verstoßes gegen § 107 TKG 2003 – dieser regelt die materiellrechtliche Beurteilung „unerbetener Nachrichten“ ohne Einwilligung, sog „Cold Calling“ – zu entscheiden. In der vorliegenden Causa bejahte die DSB letztlich ihre Entscheidungsbefugnis, da sie auch das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG verletzt sah und über diesen „Umweg“ ihre Zuständigkeit als gegeben wertete.<sup>4</sup> Implizit verneint wurde die Anwendbarkeit des Art 6 DS-GVO auf den vorliegenden Fall, was in 4. Teil dieses Beitrags näher untersucht wird.

§ 1 Abs 1 DSG regelt, dass jedermann, insb auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht, hat. Das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse setzt zudem voraus, dass „es überhaupt personenbezogene Daten gibt, die auf eine in ihrer Identität bestimmte (oder zumindest bestimmbare) Person zurückgeführt werden können und dass diese Daten weiters geheim gehalten werden können, was dann grundsätzlich unmöglich sein wird, wenn sie allgemein zugänglich sind“.<sup>5</sup> Auch der OGH judizierte in der Vergangenheit – zur Zeit, als noch die DS-RL anwendbar war – dem nationalen Gesetzgeberwillen entsprechend, dass eine Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz nach § 1 DSG bei öffentlichen Daten grundsätzlich auszuschließen ist, soweit die Daten zulässigerweise veröffentlicht wurden.<sup>6</sup>

Tatsächlich ist § 1 DSG keineswegs losgelöst vom europäischen Datenschutzregime und daher unionsrechtskonform zu interpretieren; der EuGH bejahte bereits 2008 eine Schutzwürdigkeit auch für öffentlich zugängliche Daten.<sup>7</sup> Dementsprechend sprach auch

1 *Anm:* Spricht dieser Beitrag „veröffentlichte“ oder „öffentlich zugängliche Daten“ an, sind stets „allgemein verfügbare Daten“ bzw „medial verfügbare Daten“ gemeint. Lediglich der „Einmalöffentlichkeit“ zugängliche Daten, wie etwa bei einem öffentlichen Prozess genannte Generalien der Prozessparteien, sind nicht Gegenstand der Untersuchung. Zur öffentlichen Verfügbarkeit von Daten auf Social Media siehe *Greifeneder*, Forensische Sicherstellung und Auswertung von Facebook-Beiträgen, Sachverständige 2017, 218.

2 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1 idF L 2016/314, 72 sowie L 2018/127, 2.

3 DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018.

4 Vgl *Illibauer*, Rechtmäßigkeit und Informationspflichten bei Werbeanrufen, *Dako* 2019/41, 69.

5 ErlRV 1613 BlgNR XX. GP, 34.

6 OGH 27. 6. 2016, 6 Ob 48/16a; *Jahnel*, Rechtlicher Schutz vor Bewertungen in Internetportalen?, *RdM* 2018, 249 (252).

7 Zur Frage der öffentlichen Zugänglichkeit von Daten (in diesem Fall von Steuerdaten) und ihrer Schutzwürdigkeit siehe EuGH 16. 12. 2008, C-73/07 (*Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*); *Jahnel*, Publizistische Tä-

die DSB im Jahr 2018 aus, dass „die generelle Annahme der Beschwerdegegnerin des Nichtvorliegens einer Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen für zulässigerweise veröffentlichte Daten mit den Bestimmungen der DSGVO nicht vereinbar“<sup>8</sup> ist und im Jahr 2019, dass eine „ganz generelle Annahme des Nichtvorliegens einer Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen für zulässigerweise veröffentlichte Daten“<sup>9</sup> nicht DS-GVO-konform ist. In dieser jüngeren Entscheidung entschied die DSB über einen Sachverhalt, in welchem Daten aus öffentlichen Büchern nicht bloß reproduziert wurden. Der Verantwortliche verknüpfte diese aus dem Grundbuch ersichtlichen Daten sogar mit einem neuen Element, um potenziell Liegenschaften zu erwerben, was jedenfalls einen Erlaubnistatbestand voraussetzt.

Das Recht auf Geheimhaltung gem § 1 Abs 1 DS-GVO ist – mittlerweile unstrittig – auch für allgemein verfügbare Daten nicht von vornherein auszuschließen, selbst wenn eine mangelnde Schutzwürdigkeit dieser öffentlich zugänglichen Daten von Verantwortlichen in Verfahren vor der DSB<sup>10</sup> immer wieder vorgebracht wird. Die DSB hat in ihrer Spruchpraxis<sup>11</sup> zudem auch konkret darauf abgestellt, dass ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse dann besteht, wenn die Daten zu einem anderen Zweck verarbeitet werden, als zu dem sie veröffentlicht wurden.

### 3. Anwendbarkeit der DS-GVO auf den vorliegenden Sachverhalt

Ungeachtet der Tatsache, dass die DSB über Prüfung des Sachverhalts anhand § 1 DS-GVO wohl zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen ist, wie dies anhand einer Prüfung nach dem Regime der DS-GVO der Fall gewesen wäre, legt die Entscheidung<sup>12</sup> nicht dar, wieso die DSB in rechtlicher Hinsicht schlussfolgert: „Einleitend ist zu bemerken, dass Anrufe zu Werbezwecken [...] nach der Bestimmung von § 107 Abs 1 TKG 2003 zu beurteilen [...] sind. Diesbezüglich hat sich die Rechtslage auch mit Geltung der DS-GVO [...] nicht verändert. [...] Zwar richtet sich die Zulässigkeit des Anrufs zu Werbezwecken nach den Bestimmungen des TKG 2003, insofern ist eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung iSv Art 6 DS-GVO ausgeschlossen. Jedoch kann durch einen Verstoß gegen das TKG 2003 gleichzeitig sehr wohl eine Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung nach § 1 Abs 1 DS-GVO [...] vorliegen.“<sup>13</sup>

An dieser Stelle ist Folgendes zu unterscheiden: Die Zulässigkeit eines Werbeanrufs als solchem ist allein nach dem TKG 2003 zu beurteilen, da Art 95 DS-GVO einen Anwendungsvorrang der

Bestimmungen der ePrivacy-RL,<sup>14</sup> die im TKG 2003 national umgesetzt wurde, gegenüber der DS-GVO für Datenverarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste normiert, wenn die Regelungen der DS-GVO und der ePrivacy-RL dasselbe Ziel verfolgen.<sup>15</sup> Anders aber ist der Vorgang der Ermittlung der Telefonnummer einzuordnen, also die Datenverarbeitung, auf der das Cold Calling beruht. Diesbezüglich führt die DSB die Zulässigkeitsprüfung allein nach § 1 Abs 1 DS-GVO durch und schließt damit implizit eine Anwendbarkeit der DS-GVO aus. Diese Rechtsansicht wird im Bescheid an keiner Stelle näher begründet und ist auch nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Dass öffentlich zugängliche Daten, auch wenn sie zulässigerweise veröffentlicht wurden, einem Geheimhaltungsinteresse pauschal nicht unterliegen, wäre mit der DS-GVO jedenfalls nicht vereinbar.<sup>16</sup> Zu dieser Entscheidungsfindung hätte es keiner Prüfung nach § 1 DS-GVO, noch dazu in Abkehr von vorheriger Rsp, bedurft. Die DSB hätte die Entscheidung durchaus eleganter – und zudem aufgrund der direkten Anwendbarkeit der DS-GVO entgegen der rechtlichen Beurteilung der DSB wohl zulässigerweise – mit der Prüfung des Sachverhalts anhand der DS-GVO durchführen können.

### 4. Prüfung der DS-GVO-konformen Verarbeitung

#### 4.1. Anwendbarkeit der DS-GVO: Handynummern und E-Mail-Adressen als personenbezogene Daten

Vorausgesetzt, dass eine automatisierte Verarbeitung nach Art 2 Abs 1 DS-GVO vorliegt und somit der sachliche Anwendungsbereich der DS-GVO überhaupt eröffnet ist,<sup>17</sup> was bei einem bloßen Anruf höchst unwahrscheinlich ist, ist zunächst die Frage zu beantworten, ob eine Handynummer den Begriff des personenbezogenen Datums erfüllt. In der Entscheidung wurde dies lediglich als „Nebenschauplatz“ behandelt. Was auf den ersten Blick

tigkeit und Datenschutzrecht, in Jähnel, Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2009 (2009) 79.

<sup>8</sup> DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018, mit Verweis auf Jähnel, Handbuch Datenschutzrecht (2010) Rz 4/27.

<sup>9</sup> DSB 23. 4. 2019, DSB-D123.626/0006-DSB/2018.

<sup>10</sup> So etwa DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018, und 23. 4. 2019, DSB-D123.626/0006-DSB/2018.

<sup>11</sup> DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018.

<sup>12</sup> Wobei die DSB zur Beurteilung der Verletzung der Informationspflicht sehr wohl eine Prüfung anhand des Art 14 DS-GVO vornimmt, der auch als solcher ausgewiesen ist.

<sup>13</sup> DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018.

<sup>14</sup> RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) idF Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (Text von Bedeutung für den EWR), ABl 2002/201, 37 idF L 2009/331, 11.

<sup>15</sup> Zur Abgrenzung zwischen DS-GVO und TKG 2003 siehe Warter, Zur Zulässigkeit von Kundenzufriedenheitsumfragen per E-Mail, jusIT 2018/82, 223 (224 f); Knyrim/Maurer, Unsicherheit hemmt Innovation, Doko 2019/44, 74.

<sup>16</sup> Siehe dazu bereits oben EuGH 16. 12. 2008, C-73/07 (Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia); stv für viele Jähnel, Handbuch Datenschutzrecht (2010) Rz 4/27.

<sup>17</sup> Vgl dazu Bergauer, Personenbezogene Daten. Begriff und Kategorien, in Knyrim (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2016) 43.

nur am Rande relevant zu sein scheint, birgt die Grundlage für die Schutzwürdigkeit dieser öffentlich zugänglichen Daten. Die DSB führte ihrer (unbegründeten) rechtlichen Beurteilung folgend keine Subsumtion des Begriffs der Handynummer unter die Definition der personenbezogenen Daten nach Art 4 Z 1 DS-GVO durch, verwies aber auf die Judikatur des EuGH,<sup>18</sup> wonach ein personenbezogenes Datum vorliegt, wenn die Identifizierung natürlicher Personen mit einem „vertretbaren und rechtlich zulässigen Aufwand“ möglich ist.<sup>19</sup> Auch nach ErwGr 26 DS-GVO ist die Identifizierbarkeit daran festzumachen, ob „nach allgemeinem Ermessen“ von einem Verantwortlichen oder einem Dritten die natürliche Person indirekt oder direkt identifizierbar ist, weshalb die Beurteilung der DSB im Ergebnis durchaus stimmig ist.

Bei einer Handynummer wird das Kriterium des Personenbezugs regelmäßig gegeben sein, da seit 1. 1. 2019 auch Pre-Paid SIM-Karten durch Bekanntgabe von Vornamen, Nachnamen, akademischem Grad und Geburtsdatum registriert werden müssen. Eine Ausnahme könnte möglicherweise eine Firmentelefonnummer darstellen, die einer juristischen Person zugeordnet ist, für die das Regime der DS-GVO nicht anzuwenden ist – die allenfalls wiederum in den Schutzbereich des § 1 DSGVO fallen könnte. Konkrete Anhaltspunkte dafür fehlen in der Entscheidungsgründung aber. Sieht man die Entscheidung der DSB in diesem Licht, ist es nachvollziehbar, weshalb die DSB den Anwendungsbereich der DS-GVO gar nicht erst geprüft hat.

Entsprechend der dargelegten Argumentation können auch E-Mail-Adressen die Kriterien personenbezogener Daten erfüllen, was jedenfalls der Fall ist, wenn der Name einer natürlichen Person in der E-Mail-Adresse enthalten oder eine natürliche Person eindeutig auf einer Homepage mit der E-Mail-Adresse ausgewiesen und dadurch identifizierbar ist.

#### 4.2. Erfüllung der Grundsätze der DS-GVO

Ist der Anwendungsbereich der DS-GVO gegeben, müssen die Grundsätze für die Verarbeitung nach Art 5 DS-GVO eingehalten werden. Im Zusammenhang mit veröffentlichten Daten ist vor allem der Grundsatz der Zweckbindung nach Art 5 Abs 1 lit b DS-GVO beachtlich, wonach Daten nur für festgelegte Zwecke erhoben werden dürfen, was sich auch aus Art 8 Abs 2 GRC ergibt.<sup>20</sup> Dieser Zweckbindungsgrundsatz beschränkt den Verantwortlichen bereits bei der Erhebung der Daten und nicht erst bei der anschließenden tatsächlichen „Verwendung“.<sup>21</sup>

In der vorliegenden Entscheidung der DSB wurde eben dies entsprechend gewürdigt, ohne jedoch auf die zugrunde liegenden Bestimmungen der DS-GVO einzugehen: Die auf einer Homepage veröffentlichte Telefonnummer wurde als „Beratungsnummer“, also zum Zweck der Kontaktaufnahme für Beratungen, der

Allgemeinheit zur Verfügung gestellt. Der Anrufer (Verantwortliche) nutzte die Nummer allerdings für einen gänzlich anderen Zweck, nämlich zu Werbezwecken, um ein bestimmtes Produkt zu verkaufen. Somit ist der Zweckbindungsgrundsatz im vorliegenden Fall als verletzt anzusehen und schlussfolgerte die DSB folgerichtig, dass das Datum zweckwidrig verwendet wurde.<sup>22</sup>

Im konkreten Fall könnten zudem noch zwei weitere Grundsätze verletzt worden sein. Dies ist zum einen der Grundsatz der Transparenz (Art 5 Abs 1 lit a DS-GVO), weil der Anrufer nicht einmal bekannt gab, woher die Daten stammten, geschweige denn, eine klare und verständliche Sprache für die Mitteilung verwendete.<sup>23</sup> Zum anderen scheint auch der Grundsatz der Rechenschaftspflicht (Art 5 Abs 2 DS-GVO) verletzt worden zu sein, da keine Auskunft erteilt wurde, woher der Anrufer die Information über die Handynummer bezogen hatte. Diese Nachweispflicht, die stärker auf die Eigenverantwortung der Verantwortlichen setzen soll, weshalb diese auch die Darlegungs- und Beweislast (Beweislastumkehr) für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung trifft,<sup>24</sup> wurde im vorliegenden Fall ebenfalls nicht erfüllt.

#### 4.3. Rechtsgrundlage: Interessenabwägung

Scheitert die Datenverarbeitung von öffentlich zugänglichen Daten nicht bereits an den Grundsätzen der DS-GVO, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob eine gültige Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung vorliegt.<sup>25</sup> Regelmäßig wird keine Einwilligung für die Verarbeitung öffentlich zugänglicher Daten eingeholt werden, keine (vor)vertragliche Verpflichtung zu erfüllen sein und kein Rechtfertigungsgrund der Art 6 Abs 1 lit c, d und e DS-GVO vorliegen. Die Datenverarbeitung könnte daher aufgrund der Erforderlichkeit zur Wahrung von berechtigten Interessen nach Art 6 Abs 1 lit f rechtmäßig sein: Es ist abzuwägen, ob die Verarbeitung öffentlich zugänglicher Daten gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen überwiegt. Dieser Erlaubnistatbestand der Interessenabwägung ist sehr weit formuliert, weshalb neben dem erläuternden ErwGr 47 DS-GVO auf das Prüfschema des EuGHs<sup>26</sup> zur Interessenabwägung zurückzugreifen ist, wonach die Verarbeitung unter den folgenden drei kumulativ vorliegenden Voraussetzungen zulässig ist:<sup>27</sup>

1. Vorliegen eines berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder einem Dritten wahrgenommen wird, dem die Daten übermittelt werden,
2. Erforderlichkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verwirklichung des berechtigten Interesses,

<sup>18</sup> EuGH 19. 10. 2016, C-582/14 (Breyer) Rz 43 ff.

<sup>19</sup> DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018.

<sup>20</sup> Vgl. Eberlein in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung<sup>2</sup> Art 5 Rz 13 (2018).

<sup>21</sup> Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm Art 5 DS-GVO Rz 21 (Stand 1. 10. 2018).

<sup>22</sup> DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018.

<sup>23</sup> Dies ergibt sich aus den Bestimmungen über Transparenz und Modalitäten nach Art 12 DS-GVO und über die Informationspflicht nach Art 14 DS-GVO, wenn die Daten nicht beim Betroffenen selbst erhoben wurden.

<sup>24</sup> Vgl. Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 2 (2017) Rz 18.

<sup>25</sup> Art 6 Abs 1 DS-GVO; Art 9 DS-GVO; Art 10 DS-GVO; siehe Bergauer, Zur Rechtmäßigkeit der (Weiter)verarbeitung personenbezogener Daten nach der DS-GVO, jusIT 2018/83, 231.

<sup>26</sup> EuGH 4. 5. 2017, C-13/16 (Rigas satiksmes), jusIT 2017/50 (Thiele).

<sup>27</sup> Ausführlicher siehe Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl in Knyrim, DatKomm Art 6 Rz 51 (Stand 1. 10. 2018).

3. kein Überwiegen der Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person.

Das erste und zweite Kriterium wird regelmäßig erfüllt sein, da Direktwerbung explizit als mögliches berechtigtes Interesse angeführt ist<sup>28</sup> und mangels Alternativen der Kontaktaufnahme (es ist ja nur die Telefonnummer oder die E-Mail-Adresse bekannt) der Anruf bzw das Versenden eines E-Mails auch erforderlich sein wird, um das wirtschaftliche Ziel, nämlich den Verkauf von Produkten, zu erreichen.

Scheitern könnte die Prüfung an der Abwägung der Interessen bzw am Überwiegen der Grundrechte und Grundfreiheiten des Betroffenen. Ist zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vernünftigerweise nicht damit zu rechnen, dass eine öffentlich gemachte Information etwa zu Werbezwecken genutzt wird, wäre dies ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass die Interessen und Grundrechte des Betroffenen das berechtigte Interesse des Verantwortlichen überwiegen.<sup>29</sup> Wenngleich der Betroffene aufgrund der öffentlichen Zugänglichkeit seiner Daten wohl nicht den höchsten Grad an Schutzwürdigkeit genießen wird, wird dennoch für die Bewertung der Interessenabwägung ausschlaggebend sein, ob die Nutzung für Werbezwecke im Zeitpunkt der Erhebung vernünftigerweise zu diesem Zweck absehbar war.

#### 4.4. Prüfung der Betroffenenrechte – Verletzung der Informationspflicht

Beachtlich war im vorliegenden Fall, dass die DSB zwar die Prüfung nach Art 6 DS-GVO (implizit) für nicht zulässig erachtete, die Betroffenenrechte allerdings in ihre rechtliche Beurteilung einfließen ließ und auch als verletzt ansah. Die Anwendbarkeit der DS-GVO auf den vorliegenden Fall vorausgesetzt, trifft den Beschwerdegegner als Verantwortlichen auch eine Informationspflicht nach Art 13 und Art 14 DS-GVO. Eine Verletzung der Informationspflicht kann als subjektives Recht nach der DS-GVO geltend gemacht werden, was auch der Entscheidung zugrunde liegt.<sup>30</sup> Wenn personenbezogene Daten nicht bei der betroffenen Person (etwa durch Veröffentlichung), sondern an einer anderen Stelle erhoben wurden, so trifft den Verantwortlichen die Informationspflicht gem Art 14 DS-GVO. Die betroffene Person muss dabei über Namen und Kontaktdaten des Verantwortlichen und dessen Vertreter, gegebenenfalls des Datenschutzbeauftragten, über Verarbeitungszweck sowie Rechtsgrundlage etc informiert werden. Zusätzlich zu den nach Art 13 DS-GVO erteilten Informationen muss der Verantwortliche bei der Informationspflicht nach Art 14 DS-GVO auch Auskunft darüber erteilen, aus welcher Quelle die Daten stammen.<sup>31</sup>

Die Informationspflicht ist als einziges der Betroffenenrechte antragsunabhängig vom Verantwortlichen auszuüben.<sup>32</sup> Der Verantwortliche muss die betroffene Person demnach spätestens innerhalb eines Monats über den Verarbeitungsvorgang gem Art 14 DS-GVO informieren.<sup>33</sup> Hat der Betroffene die Daten selbst veröffentlicht und werden diese von einem Verantwortlichen weiterverarbeitet, dann muss der Verantwortliche den Betroffenen proaktiv über die Verarbeitung der Daten informieren und ihm mitteilen, aus welcher Quelle er die veröffentlichten Daten bezogen hat. Dies gilt nur dann nicht, wenn eine der Ausnahmen gem Art 14 Abs 5 DS-GVO greift, zB sofern die Erteilung der Informationen sich als unmöglich erweist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand verursachen würde, wofür im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte gegeben sind.

Da der Beschwerdegegner dem Betroffenen keine Auskunft darüber gab, woher er die Daten bezogen hatte, sah auch die DSB – folgerichtig – das Recht auf Information nach Art 14 DS-GVO verletzt.

#### 4.5. Sanktionen bei Verstößen

Bei Verstößen gegen die Informationspflichten und andere Betroffenenrechte handelt es sich um Verletzungen von Individualrechten der Betroffenen. Demnach kommt durchgehend der höhere Strafrahmen von bis zu € 20 Mio oder 4 % des letztjährigen weltweiten Jahresumsatzes zur Anwendung (Art 83 Abs 5 lit b DS-GVO). Erfolgt die Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht, kommt auch eine strafrechtliche Haftung nach § 63 DSG in Betracht.

Nach Art 83 Abs 2 DS-GVO werden Geldbußen entsprechend den Umständen des Einzelfalls zusätzlich zu oder anstelle von Maßnahmen nach Art 58 Abs 2 lit a–h und j DS-GVO verhängt.<sup>34</sup> Unter Berücksichtigung dieses Opportunitätsprinzips liegt es demnach im Ermessen der Behörde, ob und in welcher Höhe Geldstrafen verhängt werden oder nicht. Für die Verhängung von Geldstrafen ist dabei das Vorliegen eines Verschuldens Voraussetzung.<sup>35</sup> § 11 DSG wiederholt zudem, dass die DSB die Sanktionen des Art 83 Abs 2–6 DS-GVO verhältnismäßig anwenden soll.<sup>36</sup> Schlussendlich könnte es sich auch auf die Strafbemessung mildernd auswirken, wenn die Verstöße veröffentlichte Daten betreffen, deren Schutzwürdigkeit uU geringer sein könnte als die von nicht öffentlich zugänglichen Daten.

<sup>28</sup> ErwGr 47 DS-GVO.

<sup>29</sup> ErwGr 47 DS-GVO; Heberlein in Ehmann/Selmayr, DS-GVO<sup>2</sup> Art 6 Rz 28 (2018).

<sup>30</sup> DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018.

<sup>31</sup> Wagner, Die (neuen) Pflichten des Verantwortlichen nach der DS-GVO. Von der Registrierungspflicht zur weitgehenden Selbstregulierung, in Jähnel (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht (2017) 40.

<sup>32</sup> DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018.

<sup>33</sup> Für viele siehe zB Illibauer, Informationsrecht und Modalitäten für die Ausübung der Betroffenenrechte, in Knyrim (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2016) 123.

<sup>34</sup> Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2018) 153.

<sup>35</sup> Potacs/B. Raschauer, Zur Problematik hoher Geldbußen im Unionsrecht – am Beispiel der Datenschutzgrundverordnung, ÖZW 2017, 54 (56).

<sup>36</sup> Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht, 171.

## 5. Fazit

Der Irrtum, dass öffentlich zugängliche Daten, bspw online veröffentlichte Telefonnummern und E-Mail-Adressen auf Websites, nicht dem Regime des Datenschutzrechts unterliegen, ist weit verbreitet. Tatsächlich gilt auch für öffentlich zugängliche Daten das – unionsrechtskonform zu interpretierende – Grundrecht auf Geheimhaltung nach § 1 DSGVO. Aufgrund der direkten Anwendbarkeit der DS-GVO sind personenbezogene Daten, und als solche sind Handynummern grundsätzlich einzuordnen, auch von ihrem Anwendungsbereich umfasst und geschützt, selbst wenn die Daten öffentlich verfügbar sind. Bereits das Speichern und weitere Verarbeiten personenbezogener Daten – mit Ausnahme solcher Verarbeitungsvorgänge, die in das Regime des TKG 2003 fallen – löst eine Informationspflicht des Verantwortlichen nach Art 14 DS-GVO aus; ein Verstoß gegen die Betroffenenrechte der DS-GVO könnte zudem theoretisch Strafen in Millionenhöhe nach sich ziehen.

Nicht nachvollziehbar ist die unsystematische Vorgehensweise der DSB, die zwar die Anwendbarkeit der DS-GVO (zumindest implizit) ausschließt und eine Prüfung nach § 1 DSGVO anhand des Grundrechts auf Geheimhaltung vornimmt, welches sie dann zwar richtig, jedoch ohne Begründung, in Abkehr von der bisherigen Rsp auf allgemein zugängliche Daten ausweitet. In der rechtlichen Beurteilung stützt sich die DSB wieder auf die Normen der DS-GVO, bejaht die Anwendbarkeit von Art 14 DS-GVO und nimmt

auch eine Zweckmäßigkeitprüfung anhand Art 5 DS-GVO vor, ohne ihn allerdings explizit zu nennen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass für allgemein zugängliche Daten ein höheres Schutzwürdigkeitsinteresse besteht, als weit hin bekannt. Daher sollte sich jeder Verantwortliche ins Bewusstsein rufen, wie mit veröffentlichten Daten zu verfahren ist, zu welchem Zweck diese Daten verarbeitet werden dürfen bzw wie mit den Betroffenen und deren Rechten, insb bezüglich der Informationspflichten des Verantwortlichen, umzugehen ist.



### Die Autorin:

MMag. **Theresia Leitinger**, M.A.I.S., ist Rechtsanwaltsanwältin in einer Grazer Anwaltskanzlei mit den Tätigkeitsschwerpunkten Baurecht, Datenschutzrecht und IT-Recht.

✉ [eitinger.theresia@scherbaum-seebacher.at](mailto:eitinger.theresia@scherbaum-seebacher.at)  
 🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Leitinger/Theresia](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Leitinger/Theresia)



### Der Autor:

Mag. **Thomas Schwab** ist Rechtsanwaltsanwält in Graz und Wien, seine Schwerpunkte liegen im Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht und Datenschutzrecht.

✉ [schwab.thomas@scherbaum-seebacher.at](mailto:schwab.thomas@scherbaum-seebacher.at)  
 🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Schwab/Thomas](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Schwab/Thomas)

Foto: Christa Strobl

Foto: Christa Strobl

# DATENSCHUTZ & E-GOVERNMENT JUDIKATUR

## DATENSCHUTZRECHT

### EuGH: Gemeinsame Verantwortung für Facebook-Like-Button

» jusIT 2019/73

§ VO (EU) 2016/679: Art 4 Z 7, Art 7, 13, 14, 25  
 RL 95/46/EG: Art 2 lit f, Art 22 ff  
 AVG: § 17 Abs 1 und Abs 3

# EuGH 29. 7. 2019, C-40/17 (Fashion ID)

1. Der Betreiber einer Website, der ein Social Plug-in einbindet, das den Browser des Besuchers dieser Website veranlasst, Inhalte des Anbieters dieses Plug-in anzufragen und hierzu personenbezogene Daten des Nutzers an diesen Anbieter zu übermitteln, kann als für die Verarbeitung Verantwortlicher nach Art 2 lit d der Richtlinie 95/46/EG (DS-RL) angesehen werden.

2. Die gemeinsame Verantwortlichkeit des Website-Betreibers ist auf den Vorgang oder die Vorgänge der Verarbeitung personenbezogener Daten beschränkt, für den bzw für die er tatsächlich über die Zwecke und Mittel entscheidet (hier: das Erheben der personenbezogenen Daten und deren Weitergabe durch Übermittlung).
3. Art 22–24 DS-RL stehen einer nationalen Regelung, die eine kollektive Klagebefugnis von Verbraucherschutzverbänden wegen Datenschutzverletzungen vorsieht, nicht entgegen.

### Anmerkung des Bearbeiters:

Das zu besprechende Urteil geht auf eine Unterlassungsklage der Verbraucherzentrale Nord-Rhein-Westfalen (VZ NRW) gegen den Website-Betreiber Fashion ID, einen Teil der Unternehmensgruppe Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf, zurück. In technischer Hinsicht wurde festgestellt, dass der Website-Betreiber personenbezogene Daten der Website-Besucher ohne deren Ein-