



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandes - Mootcourt

## Im Namen der Republik

Der Oberlandes - Mootcourt hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Christian Steiner als Vorsitzenden sowie den Richter Dr. Philipp Eschenbach und die Richterin Mag. Karin Bauer in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Grünwald, Florineth & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei **Omega GmbH**, 1160 Wien, Grazerstraße 35, vertreten durch Dr. Wilhelm Steinbacher, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 750,00 s.A, über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesmootcourts vom 14.2.2008, 42 Cg 101/07g-10, gemäß § 492 ZPO in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 434,28 (darin enthalten EUR 72,52 an USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

### Entscheidungsgründe:

Die Beklagte betreibt eine Auskunftsei über Kreditverhältnisse gemäß § 152 Gewerbeordnung (Gewo). Sie führt eine Datenbank mit Adress- und Zahlungsverhaltensdaten. Sie bezieht Adressdaten aus unterschiedlichen Quellen. Zahlungsverhaltensdaten werden aus öffentlichen Quellen

eingelezen und von mit ihr kooperierenden Partnern, darunter z.B. Inkassobüros, zur Verfügung gestellt. Sie stellt sodann einen Zugang zu ihrer Adress- und Zahlungsverhaltensdatenbank über die Internetplattform GPV zur Verfügung und richtet dafür Benutzerkonten ein, über welche ihre Kunden bzw. deren berechnigte Mitarbeiter Zugriff auf die Datenbank erhalten. Die Benutzerkonten - bestehend aus dem Benutzernamen und dem Passwort - sind berechnigten Personen zugeordnet. Die Übertragung eines Benutzerkontos auf eine berechnigte Person ist möglich. Die Kunden der Beklagten sind verpflichtet, diese unverzüglich schriftlich in Kenntnis zu setzen, wenn eine berechnigte Person, der ein Benutzerkonto zugeordnet ist, die Berechnigung für Abfragen verliert. Die Beklagte schließt nur längerfristige Verträge mit ihren Kunden ab, sie vergibt keine Berechnigung für eine einmalige Abfrage. Ihre Kunden kommen im Wesentlichen aus dem Telefoniebereich, dem Versandhandel und aus der kreditgewährenden Wirtschaft.

Dr. Friedrich Lutz ist Geschäftsführer der Consulting GmbH, die sich mit Unternehmensberatungen beschäftigt. Er besitzt ein Ferienhaus am Attersee. Von einem Überwachungsunternehmen, das von den Gemeinden rund um den Attersee mit der Überwachung von Müllplätzen beauftragt war, erhielt er eines Tages eine Vorschreibung über EUR 100,00 als Unkostenbeitrag zur Abfallbeseitigung mit der Begründung, er habe einen Verstoß gegen das Abfallwirtschaftsgesetz dadurch begangen, dass er Müll neben Müllcontainern abgelagert habe. Dr. Lutz erachtete diesen Vorwurf als nicht gerechtfertigt und zahlte nicht. Nachdem er in der Folge von der Inkasso GmbH mehrmals Zahlungsaufforderungen erhalten hatte, nahm er mit ihr telefonisch Kontakt auf und teilte mit, dass diese Forderung nicht berechnigt sei und er nur nach einer erfolgreichen Klagsführung Zahlung leisten werde. Die Inkasso GmbH nahm Dr. Friedrich Lutz auf Grund dessen mit einem negativen Vermerk in ihre Bonitätsdatenbank auf.

Die Beklagte sammelte auch Daten über Dr. Lutz. In ihrer Datenbank befand sich in der Folge die Eintragung, dass gegen diesen eine Forderung in Höhe von EUR 100,00 außergerichtlich betrieben werde. Dr. Lutz wurde über die Aufnahme dieser Eintragung in die Datenbank der Beklagten nicht informiert. Als Dr. Lutz für seinen 14-jährigen Sohn einen Handyvertrag bei der Zwei GmbH abschließen wollte, lehnte diese nach einer Einsicht in die Datenbank der Beklagten den Vertragsabschluss ab.

Dr. Lutz hat seine Forderung gegen die Beklagte an den Kläger zum Inkasso abgetreten.

Dieser begehrt, die Beklagte zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung im Sinne des § 33 Datenschutzgesetz 2000 (in Hinkunft: DSG), in eventu zur Zahlung von EUR 750,00 zu verpflichten.

Die Beklagte habe bonitätsrelevante Daten des Dr. Lutz veröffentlicht, wodurch sie sein Ansehen untergraben oder zumindest erschüttert habe. Gemäß § 33 DSG habe er daher Anspruch auf immateriellen Schadenersatz.

Die Beklagte bestreitet das Klagebegehren. Der Kläger sei nicht aktiv legitimiert, weil er nach seinen Satzungsbestimmungen nur zum Schutz von Konsumenteninteressen und nicht von unternehmerischen Interessen einschreiten dürfe. In diesem Zusammenhang werde die Rechtswirksamkeit der Zession bestritten.

Die Beklagte agiere nur als datenschutzrechtlicher Dienstleister und nicht als Auftraggeber. Sie sei von den einzelnen Mobiltelefonieanbietern beauftragt, von diesen vorgegebene Daten mit den von ihnen vorgegebenen Algorithmen zu verknüpfen und unternehmensspezifische Entscheidungsergebnisse online zugänglich zu machen, dies über eine Standleitung, also eine eigens gelegte Verbindung, die einen öffentlichen Zugriff ausschließe.

Über die Standleitungen könnten aktualisierte Ergebnisse

errechnet werden. Im konkreten Fall sei die Abfrage durch den Mobiltelefonieanbieter erfolgt und ein Ergebnis errechnet worden, das nach dem Wissen der Beklagten üblicherweise dazu führe, dass gegen den Abschluss eines Vertrages kein Einwand erhoben werde. Die Entscheidung sei vom Mobiltelefonieunternehmen aus freien Stücken revidiert worden, wobei der Mobiltelefonieanbieter auch Einsicht in andere Datenbanken, beispielsweise in die WKE (Warenkreditevidenz des KSV) genommen habe. Es liege eine autonome Entscheidung des Mobiltelefonieanbieters vor, die nicht durch die Tätigkeit der Beklagten verursacht worden sei. Ihre schadenersatzrechtliche Haftung scheide daher aus.

Dr. Lutz treffe ein Mitverschulden, weil er durch die Ablagerung von Müll außerhalb der Container eine Ursache gesetzt habe, die negative Folgen nach sich ziehe.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt. Auf Grund des im Wesentlichen eingangs wiedergegebenen Sachverhalts erachtete es rechtlich, der Anspruch auf angemessene Entschädigung für die erlittene Kränkung nach § 33 Abs 1 DSG sei gegen den Auftraggeber der Datenverwendung geltend zu machen. Nach Abs 2 dieser Bestimmung würden der Auftraggeber und der Dienstleister auch für das Verschulden ihrer Leute haften, soweit deren Tätigkeit für den Schaden ursächlich gewesen sei. Nach § 7 Abs 1 Mediengesetz (MedienG) habe der Betroffene Anspruch auf Entschädigung für die erlittene Kränkung im Höchstmaß von EUR 20.000,00, wenn sein höchstpersönlicher Lebensbereich in einem Medium in einer Weise erörtert oder dargestellt werde, die geeignet sei, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen. Zweck der kreditrelevanten Daten, die die Beklagte in ihre Datenbank aufnehme, sei es, Auskunft über die Kreditwürdigkeit der Betroffenen zu erteilen. Es handle sich somit um Daten im Sinn des § 18 Abs 2 Zif 3 DSG, die von der Anordnung des § 33 Abs 2 2. Satz DSG umfasst seien.

Im § 6 Abs 1 Zif 1 DSG sei der Grundsatz verankert, dass Daten nur nach Treu und Glauben verwendet werden dürfen. Dieser Grundsatz erfordere eine entsprechende Benachrichtigung des Betroffenen, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich gegen eine seiner Meinung nach nicht gerechtfertigte, seine Kreditwürdigkeit aber massiv beeinträchtigende Datenverwendung zur Wehr zu setzen. Eine derartige Verständigung sei im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Die Aufnahme der hier in Rede stehenden Eintragung in die Datenbank der Beklagten sei somit rechtswidrig erfolgt. Sie sei der Beklagten auch vorwerfbar, weil Dr. Lutz bereits vor dieser Eintragung in die Datenbank Kontakt mit dem Inkassounternehmen, das in einer Vertragsbeziehung zur Beklagten stehe, aufgenommen und die Forderung, der überdies keine vertragliche Beziehung zu Grunde gelegen sei, dem Grunde nach bestritten habe, sodass bereits zu diesem Zeitpunkt klar gewesen sei, dass die Nichtzahlung dieser Forderung nicht geeignet sei, über die Kreditwürdigkeit des Betroffenen bzw. sein Zahlungsverhalten gegenüber Vertragspartnern Auskunft zu geben. Dieses Verhalten des Inkassounternehmens sei der Beklagten zuzurechnen.

Die Datenbank der Beklagten sei auch als öffentlich zugängliche Datei zu qualifizieren, weil sie einem nicht von vornherein bestimmten, nach außen hin nicht begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht werde und der Zugang zur Datei nur von der Entscheidung des Auftraggebers über das ausreichende "berechtigte Interesse" des Abfragers abhängig sei.

Die gesetzwidrige Aufnahme der Daten des Dr. Lutz in die Datenbank der Beklagten sei insbesondere unter Berücksichtigung dessen beruflicher Tätigkeit geeignet, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen. Die Voraussetzungen für den Zuspruch des vom Kläger begehrten immateriellen Schadens seien dem Grunde nach gegeben.

Die in Rede stehenden Daten seien nur im geringen Umfang

verwendet worden. Die vom Betroffenen angestellten Nachforschungen hätten aber einen nicht bloß unerheblichen Zeitaufwand erfordert. Eine solche Eintragung sei daher geeignet, das berufliche Fortkommen zu gefährden und zu beeinträchtigen, weil potenzielle Geschäftspartner mit Sicherheit Personen, deren Kreditwürdigkeit in Frage stehe, meiden würden. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei ein Schadenersatzbetrag von EUR 750,00 angemessen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit einem Abänderungs-, in eventu Aufhebungsantrag.

Der Kläger begehrt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Eine „sekundäre Mangelhaftigkeit des Verfahrens“ erblickt die Beklagte in der Unterlassung der Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet „EDV“ zum Beweis, dass ihre Datenanwendung nicht öffentlich sei, sowie in der Unterlassung der Einvernahme des Zeugen Franz Müller zum Beweis, dass die im Bonitätseintrag aufscheinende Forderung richtig sei.

Tatsächlich sind diese Ausführungen dem Berufungsgrund der (primären) Mangelhaftigkeit des Verfahrens zu unterstellen. Einen rechtlich relevanten Verfahrensverstoß zeigt die Beklagte aber nicht auf, worauf bei der nun anschließenden Behandlung der Rechtsrüge eingegangen wird.

Aus Gründen der Zweckmäßigkeit werden die hier maßgeblichen Bestimmungen vorangestellt.

§ 118 Abs 2 GewO: „Die Gewerbebetreibenden, die zur Ausübung des Gewerbes der Inkassoinstitute berechtigt sind, sind nicht berechtigt, Forderungen gerichtlich einzutreiben oder sich Forderungen abtreten zu lassen, auch wenn die Abtretung nur zu Zwecken der Einziehung erfolgen sollte.“

§ 118 Abs 3 GewO: „Die Gewerbebetreibenden, die zur

Ausübung des Gewerbes der Inkassoinstitute berechtigt sind, sind zur Einziehung einer fremden Forderung, die dem Ersatz eines Schadens ohne Beziehung auf einen Vertrag (§ 1295 ABGB) dient, nur berechtigt, wenn diese Forderung unbestritten ist.“

§ 152 Abs 1 GewO: „Die Gewerbebetreibenden, die zur Ausübung des Gewerbes der Auskunfteien über Kreditverhältnisse berechtigt sind, sind nicht zur Erteilung von Auskünften über private Verhältnisse, die mit der Kreditwürdigkeit in keinem Zusammenhang stehen berechtigt.“

§ 4 DSG: „Im Sinne der folgenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes bedeuten die Begriffe:

4. „Auftraggeber“: Natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft bzw. die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten für einen bestimmten Zweck zu verarbeiten (Z 9), und zwar unabhängig davon, ob sie die Verarbeitung selbst durchführen oder hiezu einen anderen heranziehen;

5. „Dienstleister“: Natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft bzw. die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie Daten, die ihnen zur Herstellung eines aufgetragenen Werkes überlassen wurden, verwenden (Z 8);

7. „Datenanwendung“ (früher: „Datenverarbeitung“): Die Summe der in ihrem Ablauf logisch verbundenen Verwendungsschritte (Z 8), die zur Erreichung eines inhaltlich bestimmten Ergebnisses (des Zweckes der Datenanwendung) zugeordnet sind und zur Gänze oder auch nur teilweise automationsunterstützt, also maschinell und programmgesteuert, erfolgen (automationsunterstützte Datenanwendung);

8. „Verwenden von Daten“: Jede Art der Handhabung von Daten einer Datenanwendung, also sowohl das Verarbeiten (Z 9) als auch das Übermitteln (Z 12) von Daten;

9. „Verarbeiten von Daten“: Das Ermitteln, Erfassen, Speichern, Aufbewahren, Ordnen, Vergleichen, Verändern, Verknüpfen, Vervielfältigen, Abfragen, Ausgeben, Benützen, Überlassen (Z 11), Sperren, Löschen, Vernichten oder jede andere Art der Handhabung von Daten einer Datenanwendung durch den Auftraggeber oder Dienstleister mit Ausnahme des Übermittelns (Z 12) von Daten;

10. "Ermitteln von Daten": Das Erheben von Daten in der Absicht, sie in einer Datenanwendung zu verwenden;

11. „Überlassen von Daten“: Die Weitergabe von Daten vom Auftraggeber an einen Dienstleister;

12. „Übermitteln von Daten“: Die Weitergabe von Daten einer Datenanwendung an andere Empfänger als den Betroffenen, den Auftraggeber oder einen Dienstleister, insbesondere auch das Veröffentlichens solcher Daten; darüber hinaus auch die Verwendung von Daten für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers;“

§ 6 Abs 1 Z 1 DSG: „Daten dürfen nur nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verwendet werden;“

§ 18 Abs 2 Z 1 DSG: „Meldepflichtige Datenanwendungen, die weder einer Musteranwendung nach § 19 Abs 2 entsprechen, noch innere Angelegenheiten der anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften noch die Verwendung von Daten im Katastrophenfall für die in § 48a Abs 1 genannten Zwecke betreffen, dürfen, wenn sie sensible Daten enthalten erst nach ihrer Prüfung (Vorabkontrolle) durch die Datenschutzkommission nach den näheren Bestimmungen des § 20 aufgenommen werden.“

§ 24 DSG:

„Abs 1: Der Auftraggeber einer Datenanwendung hat aus Anlass der Ermittlung von Daten die Betroffenen in geeigneter Weise

1. über den Zweck der Datenanwendung, für die die Daten ermittelt werden und

2. über Namen und Adresse des Auftraggebers, zu informieren, sofern diese Informationen dem Betroffenen nach

den Umständen des Falles nicht bereits vorliegen.

Abs 2: Über Abs 1 hinausgehende Informationen sind in geeigneter Weise zu geben, wenn dies für eine Verarbeitung nach Treu und Glauben erforderlich ist; dies gilt insbesondere dann, wenn 1. gegen eine beabsichtigte Verwendung oder Ermittlung von Daten ein Widerspruch des Betroffenen gemäß § 28 besteht.

Abs 3: Werden Daten nicht durch Befragung des Betroffenen, sondern durch Übermittlung von Daten aus anderen Aufgabengebieten des selben Auftraggebers oder aus Anwendungen anderer Auftraggeber ermittelt, darf die Information gemäß § 1 entfallen, wenn

1. die Datenverwendung durch Gesetz oder Verordnung vorgesehen ist."

§ 28 Abs 1 DSGVO: „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 einer besonderen Situation ergeben, beim Auftraggeber der Datenverwendung Widerspruch zu erheben. Der Auftraggeber hat bei Vorliegen dieser Voraussetzung die Daten des Betroffenen binnen acht Wochen aus seiner Datenanwendung zu löschen und allfällige Übermittlungen zu unterlassen.“

§ 33 Abs 1 DSGVO: „Ein Auftraggeber oder Dienstleister, der Daten schuldhaft entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verwendet, hat dem Betroffenen den erlittenen Schaden nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu ersetzen. Werden durch die öffentlich zugängliche Verwendung der in § 18 Abs 2 Z 1 bis 3 genannten Datenarten schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen eines Betroffenen in einer Weise verletzt, die einer Eignung zur Bloßstellung gemäß § 7 Abs 1 des MedienG, BGBl. Nr. 314/1981, gleich kommt, so gilt diese Bestimmung auch in Fällen, in welchen die öffentlich zugängliche Verwendung nicht in Form der

Veröffentlichung in einem Medium geschieht. Der Anspruch auf angemessene Entschädigung für die erlittene Kränkung ist gegen den Auftraggeber der Datenverwendung geltend zu machen.“

§ 7 Abs 1 MedienG: „Wird in einem Medium der höchstpersönliche Lebensbereich eines Menschen in einer Weise erörtert oder dargestellt, die geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit bloß zu stellen, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung. Der Entschädigungsbetrag darf EUR 20.000,00 nicht übersteigen; im Übrigen ist § 6 Abs 1 2. Satz anzuwenden.“

In ihrer Berufung argumentiert die Beklagte nun, der Kläger sei nicht aktivlegitimiert. Er habe es unterlassen den Rechtsgrund der Zession zu behaupten und zu beweisen.

Grundsätzlich ist die rechtsgeschäftliche Zession (§ 1392 ABGB) ein formloser Konsensualvertrag (SZ 63/32), die aber als kausales Verfügungsgeschäft ein gültiges Grundgeschäft voraussetzt (Heidinger in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> VI § 1392 RZ 9; RIS-Justiz RS0032510).

Eine Inkassozeession ist die Zession, bei der der Zessionar Gläubiger wird, aber verpflichtet ist, die eingehobene Leistung an den Zedenten abzuführen. Im Regelfall liegt die Übertragung eines Vollrechtes mit obligatorischer Beschränkung, somit eine uneigennützig Treuhand vor. Der Rechtsgrund kann auch im Auftrag zur Einziehung oder zur Geschäftsbesorgung liegen.

Der Zessionar hat die erforderlichen Beweise für einen gültigen Rechtsgrund zu erbringen, sobald der Zessionsschuldner die Wirksamkeit der Abtretung wegen Fehlens eines tauglichen Titels bestreitet (RIS-Justiz RS0032510; 5 Ob 39/06f).

Die Beklagte hat nun im erstgerichtlichen Verfahren die Unwirksamkeit der Zession nicht wegen Fehlens eines kausalen Verfügungsgeschäftes überhaupt bestritten, sondern

ausschließlich mit der Begründung, die Zession widerspreche der Satzung des Klägers. In diesem Fall war der Kläger aber nicht gehalten, den - bei der Inkassoession noch dazu auf der Hand liegenden - Rechtsgrund des Auftrages zu nennen.

Auch in der Berufung hält die Beklagte ihre Argumentation, der Kläger habe gegen seine Statuten verstoßen, weil er an der Zession einer nicht als Konsumentenforderung zu bezeichnenden Forderung mitgewirkt habe, aufrecht. Da eine derartige Statutenüberschreitung mit der Auflösung des Vereins bedroht sei, käme sie nicht als Rechtsgrund für ein wirksames Rechtsgeschäft in Betracht.

Nach § 26 Abs 2 ABGB ist die juristische Person mit der natürlichen Person gleichgestellt. Die Auffassung, dass die Rechtsfähigkeit der juristischen Person durch ihren statutenmäßigen Wirkungsbereich begrenzt werde (Ultra-Vires-Lehre), wird in Österreich grundsätzlich abgelehnt. Der OGH hat die Ultra-Vires-Lehre zwar mitunter bei Vereinen anerkannt, jedoch nur hinsichtlich des Abschlusses eines hier zweifellos nicht vorliegenden Geschäftes von weit tragender Bedeutung (Posch in Schwimann, ABGB3 I § 26 Rz 30).

Daraus folgt, dass für den vorliegenden Fall von der unbeschränkten Rechtsfähigkeit des Klägers und damit von der Wirksamkeit der Zession auszugehen ist, selbst wenn er - was hier nicht geprüft werden muss - seine Statuten überschritten haben sollte.

Aufgabe eines Inkassoinstitutes ist es, durch unmittelbare, persönliche oder schriftliche Einwirkung auf den Schuldner für den Eingang einer Forderung zu sorgen. Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich beim Kläger nicht um ein Inkassoinstitut. Der Verweis auf das in § 118 Abs 2 Gewerbeordnung enthaltene Zessionsverbot für Inkassoinstitute geht ins Leere.

Die Aktivlegitimation des Klägers ist daher zu bejahen.

Der Anspruch auf Ersatz eines immateriellen Schadens nach

§ 33 Abs 1 DSGVO richtet sich gegen den Auftraggeber.

Die Beklagte argumentiert nun, sie sei im entscheidungswesentlichen Teil der Datenanwendung nur als Dienstleister für das Mobiltelefonieunternehmen tätig geworden. Sie sei von diesem nämlich beauftragt worden, die vorgegebenen Daten mit den vorgegebenen Algorithmen zu verknüpfen und unternehmensspezifische Entscheidungsergebnisse online zugänglich zu machen. Daraus folge, dass sie nicht Auftraggeberin, sondern Dienstleisterin sei, weil die Entscheidung, ob und wie Bonitätsdaten für ein Scoring-System verwendet würden, von ihrem Kunden getroffen worden sei.

Die Beklagte bezieht die Daten für ihre Bonitätsdatenbank aus unterschiedlichen Quellen. Sie betreibt ein Zugangsportale zu diesen Daten und richtet dafür Benutzerkonten ein, über welche ihre Kunden Zugriff auf die Datenbank erhalten.

Für die Klärung der Frage, ob die Beklagte datenschutzrechtlich als Auftraggeberin anzusehen ist, ist ausschlaggebend, ob sie selbst die Entscheidung getroffen hat, die Daten zu verwenden. Die Verarbeitung und die Übermittlung von Daten gilt als Datenverwendung im Sinn des § 4 Zif 8 DSGVO. Dass die Beklagte auf den Inhalt dieser Datenverwendung keinen Einfluss hat, behauptet sie gar nicht. Auch ergibt sich aus den Feststellungen, dass sie selbst entscheidet, welche Daten sie sammelt und ihren Kunden zugänglich macht. In diesem Bereich ist sie daher als Auftraggeberin im Sinn des § 4 Zif 4 DSGVO anzusehen.

Soweit sie argumentiert, dass sie von dem Telefonieunternehmen beauftragt worden sei, die Daten mit vorgegebenen Algorithmen zu verknüpfen und ein unternehmensspezifisches Entscheidungsergebnisse zugänglich zu machen, zielt sie offenbar darauf ab, Scoring-Werte nur als Dienstleisterin errechnet zu haben.

Beim Scoring wird anhand von gesammelten Erfahrungen eine möglichst zuverlässige Prognose gestellt. Anhand mathematisch-

statistischer Verfahren wird beispielsweise die Wahrscheinlichkeit berechnet, mit welcher ein Kunde seinen Zahlungsverpflichtungen vertragsgemäß nachkommen wird.

Sollte nun die Entscheidung, ob und wie die Bonitätsdaten für das Scoring-System verwendet werden sollen - wie von der Beklagten behauptet - von ihrem Kunden - hier dem Mobiltelefonieunternehmen - getroffen worden sein, so träfe diesen die Verantwortung für die Art und Weise der Verarbeitung und die Angemessenheit des Systems. Der logische Ablauf muss dabei aber so gesehen werden, dass vorerst von der Beklagten die Daten an das Scoring-System ihres Kunden übermittelt wurden. Zu diesem Zeitpunkt, in dem die Rohdaten in das Scoring-System des Kunden eingespeist werden, wird dieser zum Auftraggeber im Sinne des Datenschutzgesetzes. Die Errechnung der Scoringwerte könnte er nun selbst durchführen oder die Beklagte damit beauftragen. Sollte die Beklagte im vorliegenden Fall mit der Errechnung des Scoringwertes beauftragt worden sein, so wäre sie, solange der Kunde ihr das System vorgibt, tatsächlich nur Dienstleisterin und der Kunde Auftraggeber, wobei Letzterem die Beklagte - logisch vorgelagert - die Bonitätsdaten übermittelt hätte.

Daraus folgt aber, dass die Beklagte hinsichtlich des von ihr im Auftrag errechneten Scoringwertes zwar Dienstleisterin wäre; hinsichtlich der Übermittlung der von ihr verarbeiteten Daten ist sie jedoch weiterhin als Auftraggeberin anzusehen (vgl. Datenschutzkommission K121.313/0016-DSK/2007).

Da der Kläger seinen Anspruch auf Entschädigung nicht auf die allenfalls von der Beklagten im Auftrag ihres Kunden erfolgte Errechnung des Scoringwertes gründet, bedurfte es in diesem Zusammenhang auch keiner weiteren Feststellungen.

Vielmehr folgt, dass der Kläger seinen Anspruch darauf stützt, dass die Beklagte ihn betreffende Bonitätsdaten in ihre Datenbank aufnahm und ihren Kunden übermittelte. In diesem Umfang ist sie aber im Sinne der obigen Ausführungen

als Auftraggeberin nach dem Datenschutzgesetz anzusehen.

Ideeller Schadenersatz gebührt nach § 33 Abs 1 DSG, wenn durch die öffentlich zugängliche Verwendung von sensiblen oder strafrechtlich relevanten Daten oder solchen zur Kreditwürdigkeit die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen in einer Weise verletzt werden, die einer Bloßstellung im Sinne des § 7 Abs 1 MedienG gleich kommt, und zwar auch ohne Veröffentlichung in einem Medium.

Der höchstpersönliche Lebensbereich nach § 7 MedienG, der die Intimsphäre vor herabwürdigenden Eingriffen schützen soll, betrifft die Gesundheit, den Sexualbereich, die Wohnverhältnisse und die Angelegenheiten der Familienangehörigen. Dieser Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereiches deckt auf jeden Fall die in § 33 Abs 1 2. Satz i.V.m. § 18 Abs 2 Z 1 bis 3 DSG normierten Voraussetzungen für den Entschädigungsanspruch wegen der erlittenen Kränkung durch die Bloßstellung ab ( § 18 Abs 2 Z 1 „sensible Daten“, darüber hinaus jedenfalls auch die „sensibilitätsnahen Daten“ Z 2, sowie nach Z 3 "Daten deren ausschließlicher Zweck die Auskunftserteilung an Außenstehende über die Kreditwürdigkeit ist").

Eine Bloßstellung muss als solche enthüllend wirken, sohin in der Preisgabe von intimsten Angelegenheiten bestehen, wodurch das Ansehen des betroffenen Menschen untergraben oder zumindest erschüttert wird oder wenn dadurch die wirtschaftliche Existenz gefährdet wird.

Für die Ersatzpflicht nach § 33 Abs 2 DSG gelten zunächst die allgemeinen Bestimmungen des Schadenersatzrechtes. Gehaftet wird nur bei Verschulden.

Die Beklagte argumentiert nun, ihre Datenanwendung sei nicht öffentlich zugänglich, weil der Zugriff auf die Daten durch Zugangscodes und Passwörter gesichert sei. Öffentlich zugänglich könnten jedoch nur solche Daten sein, auf die jedermann zugreifen könne.

Das Datenschutzgesetz enthält keine Definition der öffentlichen Zugänglichkeit. Es misst aber dadurch, dass es in seinem § 18 Abs 2 Z 3 DSG Datenanwendungen, die die Auskunftserteilung über die Kreditwürdigkeit der Betroffenen zum Zweck haben, für vorab kontrollpflichtig erklärt, Bonitätsdaten eine besondere Eingriffstiefe in das Recht auf Geheimhaltung (§ 1 Abs 1 DSG) zu. Als nicht öffentlich sind in diesem Zusammenhang vertrauliche Auskünfte an Dritte zu verstehen. Die Beklagte bietet aber den Zugang zu den von ihr verarbeiteten Daten mit gleichen Bedingungen allgemein zugänglich an. Anhaltspunkte dafür, dass sich dieses Angebot nur auf einen eingeschränkten Personenkreis bezieht, gibt es nicht.

Räumt aber der Betreiber eine Auskunft über Kreditverhältnisse einem unbeschränkten Personenkreis die Möglichkeit ein, mit ihm einen Vertrag über die Zurverfügungstellung von Bonitätsdaten abzuschließen, dann handelt es sich um eine öffentlich zugängliche Datei. Die Kostenpflicht für die Abfrage sowie das Erfordernis eines Benutzerkontos und eines Passwortes vermögen diese Eigenschaft nicht aufzuheben (vgl. Datenschutzkommission K211.593/0011-DSK/2005).

Auf die Frage, wer konkret zum Abfragezeitpunkt - auf Grund der mit der Beklagten abgeschlossenen Verträge - zur Abfrage berechtigt war, kommt es dabei nicht an. Auch der Frage, ob ein beliebiger Internetbenutzer - ohne Abschluss eines Vertrages mit der Beklagten - auf ihre Datenbank (technisch) zugreifen könnte, kommt keine Relevanz zu, weshalb auch das dazu beantragte Sachverständigengutachten nicht einzuholen war.

Die Beklagte argumentiert nun, ihre Datenanwendung sei rechtmäßig erfolgt. Sie habe insbesondere nicht gegen Treu und Glauben verstoßen. Es sei nicht ihre Sache gewesen, zu beurteilen, ob die Forderung zu Recht bestanden habe.

§ 27 Abs 6 DSG sehe vor, dass auf Verlangen des Betroffenen ein Bestreitungsvermerk anzuführen sei. Ein solcher sei von der Inkasso GmbH nicht angebracht gewesen. Die Beklagte habe daher im vorliegenden Fall darauf vertrauen dürfen, dass die Inkasso GmbH den Bestimmungen des DSG bei der Ermittlung und Aufnahme der Daten entsprochen habe. Sie sei daher im vorliegenden Fall nicht verpflichtet gewesen, den Betroffenen von der Eintragung gesondert zu verständigen.

An dieser Stelle ist anzumerken, dass die Verarbeitung durch die Beklagte zu einem Zeitpunkt erfolgte, als Dr. Lutz die Forderung gegenüber dem Inkassobüro bereits bestritten hatte. Gemäß § 118 Abs 3 GewO sind Inkassoinstitute aber zur Einziehung einer fremden Forderung, die dem Ersatz eines Schadens - ohne Beziehung auf einen Vertrag - dient, nur berechtigt, wenn diese unbestritten ist. Die inkriminierten Daten hätten demnach nicht verwendet werden dürfen. Der Frage, ob die Forderung zu Recht bestand, kommt keine rechtliche Relevanz zu, sodass auch der beantragte Zeugenbeweis nicht durchzuführen war.

Zu 6 Ob 275/05t führte der OGH im Zusammenhang mit der Verständigungspflicht einer Bank vor Eintragung ihres Kunden in die Warnliste aus, dass der in § 6 Abs 1 Z 1 DSG verankerte Grundsatz, wonach Daten nur nach Treu und Glauben verwendet werden dürfen, eine entsprechende Benachrichtigung des Betroffenen erfordere, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich gegen eine seiner Meinung nach nicht gerechtfertigte, seine Kreditwürdigkeit aber massiv beeinträchtigende Datenverwendung zur Wehr zu setzen.

Zutreffend verweist die Beklagte hier darauf, dass diese Entscheidung nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann, weil der OGH dort verlangt, dass der Betroffene von seinem Vertragspartner benachrichtigt wird, wenn dieser die Behauptung mangelnder Kreditwürdigkeit aufstellt und er diese Behauptung an einen sehr großen

Personenkreis übermittelt. Zwischen dem Betroffenen und der Beklagten bestand im vorliegenden Fall keine Vertragsbeziehung.

Nun sieht aber § 24 Abs 1 DSG vor, dass auch der Auftraggeber einer Datenanwendung aus Anlass der Ermittlung von Daten den Betroffenen über den Zweck der Datenanwendung (Z 1) und über Name und Adresse des Auftraggebers zu informieren hat, sofern die Informationen dem Betroffenen nach den Umständen des Falls nicht bereits vorliegen.

Die Regierungsvorlage zu § 24 DSG führt dazu aus, dass die Bestimmung es dem Betroffenen erleichtern soll, seine Rechte zu wahren, weil Datenverarbeitung nach Treu und Glauben voraussetze, dass der Betroffene in der Lage sei, das Vorhandensein einer Verarbeitung zu erfahren und umfassend über die Bedingungen der Erhebung informiert zu werden.

Daraus folgt, dass der in § 6 Abs 1 Z 1 DSG verankerte Grundsatz auch außerhalb eines Vertragsverhältnisses die Verständigung des Betroffenen durch den Auftraggeber erfordert.

In der Regierungsvorlage wird weiters festgehalten, dass das DSG als Instrumente für die Zwecke der Information nach § 24 das Datenverarbeitungsregister, die Offenlegung und schließlich die Auskunft nach § 26 vorsehe. Schon aus der Sachlichkeit ergebe sich, dass es sich hier nicht um Pflichten handeln könne, die alle denselben Inhalt hätten. Die Instrumente hätten einander so zu ergänzen, dass der Betroffene verlässlich jene Information erhalte, die er zur Durchsetzung seiner Datenschutzrechte brauche, und zwar ohne unzumutbare Anstrengungen seinerseits, aber auch ohne unzumutbare unnötige Belastung des Auftraggebers. Deshalb könnten die genannten Verpflichtungen nicht so verstanden werden, dass sich daraus ein Zwang zur Verdoppelung der Meldepflicht (Register) in Form einer zusätzlichen Pflicht zur „Meldung an den Betroffenen“ ergebe. Vor dem Hintergrund des

Bestehens einer Registerpflicht müsse vielmehr der Sinn einer zusätzlichen Informationspflicht darin gesehen werden, dass dem Betroffenen immer dann, wenn ihm diese Information nicht bereits vorliegt, der Hinweis darauf gegeben wird, dass seine Daten von einem bestimmten Auftraggeber für einen bestimmten Zweck verarbeitet werden sollen.

Unter Verweis auf diese Ausführungen verneint die Beklagte ihre Verständigungspflicht.

Dem ist nicht zu folgen. Aus diesen Darlegungen folgt lediglich, dass die Frage, ob Informationen mit dem Inhalt des § 24 Abs 1 DSGVO bereits vorliegen, nach der jeweiligen Situation zu beurteilen ist.

Darüber hinaus verlangt § 24 Abs 2 DSGVO die Erteilung von Informationen, die über Absatz 1 hinausgehen, wenn diese für eine Verarbeitung nach Treu und Glauben erforderlich sind. Nun kommt Bonitätsdaten besondere Eingriffstiefe in Hinblick auf die Geheimhaltung zu und es ist erforderlich, die Aussagekraft und Richtigkeit der Daten zu gewährleisten. Damit dem Betroffenen die Möglichkeit einer Weitergabe seiner Daten, die für ihn ja auch mit nicht zu unterschätzenden Konsequenzen verbunden sein kann, überhaupt bewusst und er in die Lage versetzt wird, Umstände vorzubringen, die gegen die Zulässigkeit der Datenweitergabe sprechen, muss er die Information über die Verarbeitung erhalten. Die im Jahr 2001 erfolgte DVR-Registrierung der Beklagten kann aber nun dennotwendigerweise keine Information über die im Jahr 2006 erfolgte Verarbeitung der gegenständlichen Daten des Dr. Lutz enthalten haben. Damit kann die genannte Registrierung der Beklagten im vorliegenden Fall der Verständigungspflicht nach § 24 DSGVO nicht genügen, weil Dr. Lutz damit nicht in Lage versetzt wurde, von der konkreten Verarbeitung zu erfahren und die Aufnahme eines Bestreitungsvermerkes oder die Löschung der unzulässig aufgenommenen Daten zu beantragen.

Zuletzt argumentiert die Beklagte, dass gemäß

§ 24 Abs 3 Z 1 DSGVO die Information entfalle, sofern die Datenverwendung durch Gesetz oder Verordnung vorgesehen sei. § 151 GewO stelle eine solche Sondervorschrift für die Ermittlung von Daten dar. Gleiches müsse für § 152 GewO gelten.

Dem ist ebenfalls nicht zu folgen: § 151 GewO, der sich auf Adressverlage und Direktmarketingunternehmen bezieht, enthält äußerst detaillierte Vorschriften über die Datenanwendung. Im Gegensatz dazu enthält § 152 Abs 1 GewO nur die Aussage, dass Gewerbetreibende, die zur Ausübung des Gewerbes der Auskunft über Kreditverhältnisse berechtigt sind, nicht zur Erteilung von Auskünften über private Verhältnisse, die mit der Kreditwürdigkeit in keinem Zusammenhang stehen, berechtigt sind. § 152 Abs 2 GewO enthält die Verpflichtung zur Aufbewahrung der Geschäftsunterlagen.

§ 152 GewO ist demnach kein Gesetz, das die Datenanwendung im Sinne des § 24 Abs 3 DSGVO vorsieht.

Zusammengefasst folgt, dass die Beklagte ihrer Verständigungspflicht nicht nachkam und sie damit die Daten wider Treu und Glauben im Sinne des § 6 DSGVO verwendete. Sie zeigt keine konkreten Umstände auf, aus denen sie hätte schließen können, dass das Inkassobüro Dr. Lutz von der beabsichtigten Datenverwendung bereits informiert hatte. Daher hätte sie sich ohne entsprechende Nachfrage betreffend die in ihrem Verantwortungsbereich fallende Datenverwendung nicht darauf verlassen dürfen, dass die entsprechenden Verständigungen durch das Inkassobüro bereits vorgenommen worden waren.

Der Verstoß gegen die gesetzlich vorgesehene Verständigungspflicht ist auch als schuldhaft anzusehen, zumal das fehlende Verschulden von der Beklagten zu beweisen gewesen wäre.

Die Haftung der Beklagten ist demnach dem Grunde nach zu bejahen.

Sie argumentiert nun, dass die Entscheidung des Mobiltelefonieanbieters, einen Vertrag mit Dr. Lutz abzulehnen, autonom erfolgt sei. Die Geschäftsentscheidung des Mobiltelefonieunternehmens sei damit nicht durch die Tätigkeit der Beklagten im Sinne der Kausalität beeinflusst. Mit ihrer Argumentation entfernt sich die Beklagte aber vom Boden der erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen, steht doch fest, dass die Zwei GmbH nach Einsicht in die Datenbank der Beklagten, in welche diese den negativen Vermerk der Inkasso GmbH aufgenommen hatte, den Vertragsabschluss ablehnte.

Soweit die Beklagte ausführt, dass die Anmerkung einer Bestreitung der Forderung durch Dr. Lutz nichts an der Entscheidung des Mobiltelefonieanbieters geändert hätte, zielt sie erkennbar auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ab. Diese erstmals im Berufungsverfahren aufgestellten Ausführungen verstoßen gegen das Neuerungsverbot.

Die Beklagte releviert weiters, dass der Zuspruch des Klagsbetrages im Widerspruch zu der Feststellung stehe, wonach gar kein Schaden eingetreten sei. Zu berücksichtigen sei, dass der Zuspruch von Kosten und Aufwendungen, die dem Zedenten für die Aufklärung des Sachverhaltes erwachsen sein könnten, durch § 33 DSGVO nicht gedeckt sei.

Die Beklagte übersieht hier, dass gar kein Vermögensschaden, sondern ein immaterieller Schaden geltend gemacht wird. Der immaterielle Schaden unterscheidet sich vom Vermögensschaden aber nun gerade dadurch, dass er nicht in Geld messbar ist.

Die genannte Eintragung war auch zweifellos geeignet, das berufliche Fortkommen des Dr. Lutz zu gefährden oder zu beeinträchtigen, weil potenzielle Geschäftspartner mit Sicherheit Personen, deren Kreditwürdigkeit in Frage steht, meiden. Die in diesem Zusammenhang vom Erstgericht ausgemittelte Höhe der Entschädigungssumme ist nicht zu

beanstanden.

Der Mitverschuldenseinwand wird im Berufungsverfahren nicht mehr aufrecht erhalten.

Zusammengefasst war daher der Berufung der Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO, wobei ein Rechenfehler des Klägers zu berichtigen war.

Gemäß § 502 Abs 1 ZPO iVm §§ 501 Abs 2, 502 Abs 5 Z 3 ZPO ist die Revision zulässig, weil soweit überblickbar keine oberstgerichtliche Judikatur zur Auslegung der Begriffe „Auftraggeber - Dienstleister“ nach § 1 DSG, „öffentlichen Zugänglichkeit“ in § 33 Abs 1 DSG sowie zur Frage des Bestehens einer Verständigungspflicht durch den Betreiber einer Auskunft über Kreditverhältnisse betreffend der von ihm von Inkassoinstituten bezogenen Daten besteht.

Oberlandes - Mootcourt, Abt. 4,  
am 16.6.2008  
**Dr. Christian Steiner**