



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Die Geschäftsfähigkeit
Minderjähriger im Datenschutzrecht am Beispiel
der Zustimmungserklärung gem. § 4 Z 14 DSGVO**

**Schnittstellen oder Spannungsverhältnis
zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht“**

Verfasserin

Mag.iur. Michaela Marous

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian Piska

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	6
1.1	Allgemeines.....	6
1.2	Rechtsrahmen in Österreich.....	8
1.3	Gefahren moderner Kommunikationstechnologien - Juristische Fragestellung.....	9
1.4	Allgemeines zur Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. .	14
1.5	Die Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen im öffentlichen Recht.....	16
1.5.1	Fallgruppen.....	16
1.5.2	Exkurs: Schnittstellen oder Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.....	25
1.5.2.1	§ 364a ABGB, § 925 ABGB.....	25
1.5.2.2	§ 357 GewO.....	27
1.5.2.3	WAG.....	27
1.5.2.4	Resümee.....	27
1.5.3	Wann liegt eine Lücke vor?.....	28
1.5.4	Handlungsfähigkeit im Verwaltungsrecht.....	31
1.5.5	Die Geschäftsfähigkeit.....	34
1.5.5.1	Das Prinzip des Kindeswohls.....	37
1.5.5.2	Gesetzliche Grundlagen der Geschäftsfähigkeit.....	38
1.5.6	Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit.....	43
1.5.7	Höchstpersönliche Rechte.....	46
2	Die Geschäftsfähigkeit im Datenschutzrecht.....	50
2.1	Allgemeines.....	50
2.1.1	Der europarechtliche Regelungsrahmen – die Datenschutz-Richtlinie.....	50
2.1.2	Das Arbeitspapier 1/2008 und die Stellungnahme 2/2009 der Artikel-29- Datenschutzgruppe.....	52
2.1.3	Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.....	57
2.2	Innerstaatliche gesetzliche Grundlagen.....	59
2.2.1	Einleitung.....	59
2.2.2	Das Datenschutzgesetz – Begriffsbestimmungen.....	60
2.2.3	Das Grundrecht auf Datenschutz.....	63
2.2.4	Grundsätze der Verwendung von Daten.....	65
3	Das Zustimmungproblem.....	67
3.1	Allgemeines.....	67
3.2	Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht.....	68
3.2.1	OLG Frankfurt – Skoda-Autokids-Club.....	71
4	Liegt eine echte Regelungslücke vor?.....	74
4.1	Die Wortinterpretation.....	79
4.2	Die systematisch-logische Interpretation.....	80

4.2.1	Die Stellung eines Asylantrages durch einen Minderjährigen.....	82
4.2.1.1	Gesetzliche Grundlagen.....	82
4.2.1.2	Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters und Stellvertretung.....	86
4.2.1.3	Willensmängel.....	88
4.2.1.4	Resümee.....	89
4.2.2	Die Stellung eines sozialversicherungsrechtlichen Antrages durch einen Minderjährigen.....	89
4.2.2.1	Gesetzliche Grundlagen.....	89
4.2.2.2	Resümee	91
4.2.3	Die Stellung eines Antrages auf Verleihung/Erstreckung der Staatsbürgerschaft durch einen Minderjährigen.....	91
4.2.3.1	Gesetzliche Grundlagen.....	91
4.2.3.2	Resümee.....	92
4.2.4	Freie Wahl des Religionsbekenntnisses durch einen Minderjährigen.....	93
4.2.5	Einwilligung in eine klinische Prüfung eines Arzneimittels durch einen Minderjährigen.....	94
4.2.5.1	Gesetzliche Grundlagen.....	94
4.2.5.2	Resümee	95
4.2.6	Zusammenfassung der Ergebnisse der systematisch-logischen Interpretation	96
4.3	Die historische Interpretation.....	98
4.4	Die teleologische Interpretation.....	98
4.5	Zusammenfassung.....	100
5	§ 19 StbG, § 16 AsylG oder § 361 ASVG als Analogiebasis?.....	102
6	§ 42 AMG als Analogiebasis?.....	106
7	Privatrechtlich orientierte Lösungsansätze.....	108
7.1	Anwendung des § 151 ABGB auf die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung?.....	108
7.1.1	Gesetzliche Grundlagen.....	108
7.1.2	Prüfung der Anwendbarkeit des § 151 Abs 3 ABGB.....	111
7.1.2.1	Vorliegen eines Rechtsgeschäfts.....	111
7.1.2.2	Alterstypizität.....	114
7.1.2.3	Geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens.....	116
7.1.3	Zusammenfassung.....	118
7.2	Analoge Anwendung des § 146c ABGB (Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung).....	119
7.2.1	Das Recht auf körperliche Integrität als höchstpersönliches Recht.....	121
7.2.2	Weitere Parallelen: Information und Abgrenzung von anderen Verträgen..	123
7.2.3	Parallele zur Eingriffsintensität.....	125
7.2.4	Resümee.....	126
7.3	Analoge Anwendung des § 138b ABGB (Abstammungsrecht).....	128
7.3.1	Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters.....	129
7.3.2	Resümee.....	131
7.4	Zwischenergebnis: Anwendbarkeit der Regeln über die Einsichts- und	

	Urteilsfähigkeit auf die Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht.....	133
7.5	Vergleich mit § 78 UrhG.....	136
	7.5.1 Parallelen.....	138
	7.5.1.1 Allgemeines.....	138
	7.5.1.2 Schutz berechtigter Interessen, Zustimmungserklärung.....	139
	7.5.1.3 Analogiefähigkeit des § 78 UrhG.....	141
	7.5.2 Handlungsfähigkeit im Bereich des § 78 UrhG.....	143
	7.5.3 Resümee.....	146
8	Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters.....	148
8.1	Einleitung.....	148
8.2	Die Mitwirkung im Datenschutzrecht.....	150
	8.2.1 Allgemeines.....	150
	8.2.2 Grundlagen im Datenschutzgesetz.....	152
	8.2.3 Parallelen zwischen der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung und der Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung.....	153
8.3	Stellungnahme der Artikel 29 Datenschutzgruppe.....	157
9	Stellvertretung.....	158
9.1	Einführung.....	158
9.2	Absolute und relative höchstpersönliche Rechte.....	159
9.3	Überbringung der Zustimmungserklärung durch Boten.....	162
10	Willensmängel.....	164
10.1	Allgemeines.....	164
10.2	Zwang.....	166
10.3	List.....	167
10.4	Irrtum.....	168
10.5	Widerruf und Widerspruch / Geltendmachung von Willensmängeln.....	171
	10.5.1 Widerspruch.....	171
	10.5.2 Widerruf.....	172
	10.5.3 Geltendmachung von Willensmängeln.....	175
10.6	Wucher.....	176
11	Resümee – Anwendung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung...177	
11.1	Vorgehensweise in der Praxis.....	182
11.2	Europäische Einflüsse.....	187
11.3	Fazit.....	191
11.4	Aufklärung.....	192
12	Zusammenfassung.....	194
13	Lebenslauf und Danksagung.....	197
14	Abkürzungsverzeichnis.....	198

15	Literatur- und Judikaturverzeichnis.....	200
15.1	Literaturverzeichnis.....	200
15.2	OGH.....	203
15.3	VwGH.....	204
15.4	VfGH.....	205
15.5	Datenschutzkommission.....	205
15.6	UBAS.....	205
15.7	Ausländische, Europäische Entscheidungen.....	205
16	Gesetzesmaterialien, Richtlinien.....	205
17	Internet	206

1 Einleitung

1.1 Allgemeines

Will man einem Sportverein beitreten oder einen Kurs an der Volkshochschule belegen, wird man nicht umhinkommen, dem Vertragspartner spätestens bei der Anmeldung bestimmte personenbezogene Daten preis zu geben. So wird üblicherweise nach Vor- und Zuname, Adresse, Geburtsdatum und eventuell auch nach dem Beruf gefragt.

Ebenso erhebt der Arbeitgeber bei der Begründung eines Dienstverhältnisses nicht nur den Namen des präsumtiven Dienstnehmers, sondern auch dessen Adresse, Geburtsdatum, Sozialversicherungsnummer, Kontonummer oder beruflichen Werdegang. Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um diejenigen Daten, welche der Arbeitgeber für die Beurteilung der Eignung des Arbeitnehmers für die angestrebte Tätigkeit benötigt. Die Kenntnis dieser Daten ist daher regelmäßig für die Begründung und laufende Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erforderlich.

Auch im Zuge der Teilnahme an einer medizinischen Studie kommt es zur Verarbeitung personenbezogener Daten; hier werden die für den medizinischen (Forschungs-)Zweck relevanten Daten des Patienten erfasst, gespeichert und weiter verarbeitet.

Die angeführten Beispiele verdeutlichen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten ein fester Bestandteil des Alltagslebens geworden ist. Den Schutz des Einzelnen vor unbeschränkter Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten bezwecken die Datenschutzgesetze. Eine besondere Herausforderung für die Gesetzesanwender bietet in diesem Zusammenhang die immer dichter werdende Vernetzung der Menschen durch Einsatz neuer technischer Errungenschaften, insbesondere des Internet.

Ein besonders unter Jugendlichen stark verbreiteter Trend ist die Teilnahme an Internet-Communities und Sozialen Netzwerken wie Facebook, Myspace oder StudiVZ, um nur einige der bekanntesten Internetplattformen dieser Art zu nennen.¹ Dieses Phänomen ist auch unter der Bezeichnung *Social Networking* bekannt.² Es ist davon auszugehen, dass den wenigsten Teilnehmern bewusst ist, dass sie durch das Posten von Informationen ihre persönlichen Daten, darunter zahlreiche Informationen über Gewohnheiten und Interessen, aber auch Fotos, einer unbegrenzten Anzahl von Dritten zur Einsichtnahme zur Verfügung stellen.

Dass hierdurch durchaus intime Details einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (können), erkennen manche erst dann, wenn der Schaden nicht mehr gut zu machen ist. Auch Mobbing via Internet ist ein im Steigen begriffenes Problem.³ Trotzdem die genannten Plattformen insbesondere aus datenschutzrechtlicher Sicht in jüngster Zeit vermehrt in die (Negativ-)Schlagzeilen geraten sind⁴, steigt der Beliebtheitsgrad derartiger Sozialer Netzwerke und sind diese für viele (insbesondere junge) Menschen heute aus dem Alltagsleben kaum mehr wegzudenken.

Die Erhebung, Nutzung und sogar die Bekanntgabe personenbezogener Daten ist – wie anhand der Beispiele der *Sozialen Netzwerke* deutlich wird – insbesondere bei jüngeren Bevölkerungsschichten somit längst zu einem als alltäglich empfundenen Vorgang geworden. Dieser *Gewohnheitseffekt* ist jedoch mit der Gefahr verbunden, dass man personenbezogene Daten nur allzu leichtfertig und bereitwillig einer oft nicht mehr definierbaren und im Vorhinein auch gar nicht abgrenzbaren Personenanzahl zur Verfügung stellt. Darunter können auch Personen sein, die keinesfalls Empfänger der Informationen sein sollten, wie zB der zukünftige Arbeitgeber.

¹ Leissler, Social Networks – Datenschutz in der vernetzten Welt, *ecolex* 2010, 834.

² Leissler, Social Networks – Datenschutz in der vernetzten Welt, *ecolex* 2010, 834.

³ Feichtenberger, Teens im Cyber-Krieg, *Weekend Wien/NÖ/Bgld*, Nr 6, 1./2. April 2011, 6f.

⁴ so etwa im Zusammenhang mit geplanten Änderungen der Nutzungsbedingungen der Seite Facebook: Aichinger, Keine Chance gegen Facebook-Spionage, *Die Presse (Rechtspanorama)*, 3.3.2009; Zettel, Facebook zwingt zum Online-Strip, *Kurier*, 24.9.2011.

Der Schutz von Daten rückt daher mehr und mehr in den Brennpunkt des Interesses; dieses Schutzbedürfnis steht in einem Spannungsverhältnis mit der immer dichter werdenden Vernetzung und dem Einsatz ständig neuer Technologien, was zu einer nicht unerheblichen Beschleunigung und Vereinfachung der Verwendung personenbezogener Daten führt. Dass all diese Vorgänge nicht in regelfreiem Raum passieren dürfen, liegt auf der Hand:

Es müssen Schranken gesetzt bzw Schutzvorkehrungen getroffen werden, die dieser rasanten Entwicklung der Kommunikationstechnik, wie sie in den letzten Jahrzehnten stattgefunden hat, Rechnung zu tragen.⁵ Gleichzeitig dürfen sie den notwendigen Datenverkehr aber nicht übermäßig erschweren.

Der Erfüllung dieser Anforderungen kommt besondere Bedeutung zu, wenn Daten Minderjähriger betroffen sind.

1.2 Rechtsrahmen in Österreich

In Umsetzung der europäischen Datenschutzrichtlinie⁶ wurde das Datenschutzgesetz 2000⁷ erlassen. Dieses Gesetz bildet den Regelungsrahmen für den Datenschutz in Österreich. Die Richtlinie 2002/58/EG⁸ führte im Jahr 2002 zu einer Erweiterung der Regelungen um spezielle Normen für den Bereich der elektronischen Kommunikation.⁹

⁵ *Seethaler in Maurer-Lambrou/Vogt* (Hrsg.), Datenschutzgesetz² (2006) 3.

⁶ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI L 1995/281, 31.

⁷ Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten, Datenschutzgesetz 2000, BGBl 1999/165 idF BGBl I 2009/135; alle Paragrafenangaben beziehen sich auf das DSG 2000, sofern nicht ausdrücklich anders angegeben.

⁸ Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABI L 2002/201, 37.

⁹ Vgl hierzu zB *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010) RZ 1/14.

Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation macht bereits in ihrer Einleitung darauf aufmerksam, dass die *Entwicklung der Informationsgesellschaft durch die Einführung neuer elektronischer Kommunikationsdienste gekennzeichnet*¹⁰ ist. Hierdurch wird deutlich, dass der (europäische) Gesetzgeber Potentiale aber auch Gefahren der neuen Medien erkannt hat:

Einerseits bietet der rasante technische Fortschritt beachtliche Vorteile: So ermöglicht es insbesondere die Errungenschaft des Internet, auf Daten schneller und einfacher zugreifen zu können, sowie diese – auch grenzen- und länderübergreifend – binnen kürzester Zeit zu versenden. Die moderne Informationstechnologie macht Datenverarbeitungen möglich, wie sie früher weder hinsichtlich ihres Umfangs noch in dieser Intensität vorstellbar waren.¹¹

Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation wurde in Österreich im Telekommunikationsgesetz¹² umgesetzt.

1.3 Gefahren moderner Kommunikationstechnologien - Juristische Fragestellung

Angesichts der auf den ersten Blick hervorstechenden Vorteile und Arbeitserleichterungen durch die moderne Technologie darf nicht übersehen werden, dass der Einsatz zB des Internet auch zahlreiche Gefahren mit sich bringen kann, die nicht auf den ersten Blick erkennbar sind.

¹⁰ Richtlinie 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, ABl L 201, 37 vom 31.7.2002, Erwägungsgrund (5).

¹¹ *Seethaler* in *Maurer-Lambrou/Vogt* (Hrsg.), Datenschutzgesetz² (2006) 3.

¹² Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz, TKG), BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2011/27.

Im Hinblick auf die durch die Nutzung der Infrastruktur des Internet eröffneten *grenzenlosen* Datentransfermöglichkeiten¹³ stellt sich die Frage nach dem Schutz der übermittelten Daten und der Dispositionsmöglichkeiten des Einzelnen über die ihn betreffenden Daten. Geschützt werden müssen einerseits jene Informationen, welche mit dem Wissen und Willen des Betroffenen Teil des weltumspannenden Datennetzwerkes werden. In diesem Zusammenhang müssen Erwägungen über etwaige Grenzen, die dem Einzelnen bei Ausübung der ihm zustehenden Rechte gesetzt sind, angestellt werden. Andererseits muss für diejenigen Fälle Vorsorge getroffen werden, in denen Daten von Personen ohne deren Zustimmung oder möglicherweise sogar entgegen deren ausdrücklichen Wunsch verarbeitet werden.

Die im Rahmen dieser Abhandlung anzustellenden Überlegungen sollen insbesondere die Gruppe der Kinder und Jugendlichen, die tendenziell einen großen Teil ihrer Freizeit vor dem Computer verbringen und sich dabei mit einer verblüffenden Selbstverständlichkeit im Internet bewegen, betreffen. Diese Personengruppe läuft aufgrund des aufgezeigten Freizeitverhaltens tagtäglich Gefahr, als eine mit einfachen Mitteln zu ködernde Zielgruppe angesehen zu werden.¹⁴ Durch die Tätigkeit eines simplen Mausclicks kann es nämlich nicht nur zur Abgabe von Willenserklärungen kommen, die uU eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung auslösen, sondern es kann hierdurch auch eine Zustimmungserklärung zur Verarbeitung personenbezogener Daten abgegeben werden.

Die Frage, ob Minderjährige über das Internet rechtswirksam Geschäfte abschließen können, soll in dieser Arbeit allerdings außer Betracht bleiben und obliegt es der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre des Privatrechts, Antworten auf diese Fragen zu geben.

¹³ Richtlinie 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, Erwägungsgrund (6).

¹⁴ Vgl OLG Frankfurt, 6 U 168/04, 30.6.2005, Skoda-Autokids-Club.

Ziel dieser Abhandlung ist es vielmehr, zu klären, ob mündige und sogar unmündige Minderjährige selbst über ihre Daten verfügen können, oder ob sie dazu – generell oder nur unter gewissen Umständen – der Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters bzw ihrer gesetzlichen Vertreter bedürfen. Sofern die letztgenannte Frage zu bejahen ist, gilt es, den Umfang dieser Mitwirkungsbefugnisse zu untersuchen und gegebenenfalls ihre Grenzen aufzuzeigen.

Das angesprochene Schutzbedürfnis hinsichtlich personenbezogener Daten von Jugendlichen ist jedoch nicht nur ein wichtiges Thema im Zusammenhang mit Freizeitaktivitäten von Minderjährigen. Auch im schulischen Bereich können sich Datenschutzfragen stellen.¹⁵ Mit dem Thema *Datenschutz im schulischen Bereich* war die österreichische Datenschutzkommission bereits konfrontiert, so zB im Frühjahr 2008, als die Forderung einiger Schulen nach Videoüberwachungsanlagen aufgrund der Zunahme von Gewalt unter Schülern durch die Medien ging¹⁶. Abhilfe sollte dadurch geschaffen werden, dass (Bild-)Daten über Minderjährige mittels Überwachungskamera und/oder Videobändern ermittelt, aufgezeichnet und aufbewahrt, sowie im Anlassfall ausgewertet werden sollten.¹⁷

Im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten Minderjähriger stellt sich ein besonderes Problem. Das Datenschutzgesetz 2000 hält keine Sonderbestimmungen für Minderjährige bereit. Aus dieser Tatsache darf jedoch nicht *e contrario* abgeleitet werden, dass das DSG auf Minderjährige nicht anzuwenden ist.¹⁸

¹⁵ Vgl *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Arbeitspapier 1/2008, 12 ff; *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 2/2009, 14 ff.

¹⁶ zB *Österreich*, 10. und 11. April 2008, Printausgabe, jeweils S 19.

¹⁷ Mittlerweile wurden von der österreichischen Datenschutzkommission in dieser Sache Entscheidungen getroffen: DSK 20.6.2008, K600.054-001/0002-DVR/2008; DSK 20.6.2008, K600.055-001/0002-DVR/2008.

¹⁸ *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Arbeitspapier 1/2008, 7; *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 2/2009, 7.

Vielmehr bedeutet dies, dass grundsätzlich die Prinzipien des DSGVO nicht nur für Daten Volljähriger sondern eins zu eins auch für Daten Minderjähriger Geltung erlangen sollen. Daraus wiederum ist abzuleiten, dass auch ein Minderjähriger Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten hat, *soweit ein schutzwürdiges Interesse* daran besteht.¹⁹

Das Bestehen eines solchen Interesses ist zunächst dann ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit²⁰ oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen (*anonymisierte Daten*) einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.²¹ Dies ist etwa dann der Fall, wenn Daten bereits im Firmen-, Grund- oder Telefonbuch öffentlich zugänglich sind.²²

Wenn Daten geheim sind *und* wenn der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der weiteren Geheimhaltung vorweisen kann, gelten die Schutzbestimmungen des DSGVO. Dieser Schutz muss konsequenter Weise für jedermann zur Verfügung stehen, sei er nun volljährig oder minderjährig. Bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses, welches nach objektiven Maßstäben zu beurteilen ist (*relativer Geheimnisbegriff*²³),²⁴ darf das Grundrecht auf Datenschutz keinen Beschränkungen unterworfen werden. In besonderen Fällen erlaubt das Gesetz jedoch trotz Vorliegens eines Geheimhaltungsinteresses die Verwendung personenbezogener Daten, zB wenn eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung hierzu besteht.²⁵

Das Interesse an der Geheimhaltung bestimmter personenbezogener Daten kann aber auch durch Abgabe einer Erklärung seitens des Betroffenen, mit der Verarbeitung dieser Daten einverstanden zu sein, ausgeschlossen werden.

¹⁹ *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010) RZ 2/7 geht sogar davon aus, dass ein nasciturus in den persönlichen Schutzbereich des Datenschutzgesetzes (Grundrecht auf Datenschutz) fällt; § 1 Abs 1 erster Satz DSGVO.

²⁰ Vgl zu diesem Begriff *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010) RZ 2/18ff.

²¹ § 1 Abs 1 letzter Satz DSGVO; *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010), RZ 2/23ff.

²² *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 829, spricht davon, dass Daten nur einem beschränkten Personenkreis bekannt oder nicht allgemein zugänglich sind.

²³ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 829.

²⁴ Vgl JBl 1995, 332, zum schutzwürdigen Interesse an der Geheimhaltung von Name und Anschrift eines Kfz-Lenkers.

²⁵ Vgl zB § 8 Abs 1 Z 1 DSGVO; für weitere Rechtsgrundlagen vgl § 8 Abs 1 Z 1 bis Z 4 und § 9 Z 1 bis Z 13 DSGVO.

Das DSG selbst ermöglicht damit eine subjektive und *flexible* Gestaltung seines Schutzzumfangs: Durch Abgabe einer Willenserklärung (*Zustimmungserklärung*) kann seitens des Betroffenen eine autonome Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung geschaffen werden. Das DSG enthält diese mögliche Rechtsgrundlage bereits in § 1 DSG im Verfassungsrang. In § 8 Abs 1 Z 2 DSG²⁶ und § 9 Z 6 DSG²⁷ findet sich diese Ausnahme auf einfachgesetzlicher Ebene wieder.

Diese im DSG vorgesehene Möglichkeit der Disposition über personenbezogene Daten erfordert – wie jede rechtsgeschäftliche Willenserklärung²⁸ –, dass der Betroffene – darunter versteht man jede vom Auftraggeber der Datenverarbeitung verschiedene natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft, deren Daten verwendet werden²⁹ – die Konsequenzen seiner Erklärung einsieht und versteht.

Die Zustimmung selbst definiert das Gesetz lediglich als die *gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt*.³⁰ Diese Legaldefinition liefert wichtige Eckpfeiler für die Beurteilung der Voraussetzungen einer gültig abgegebenen Zustimmungserklärung. Insbesondere werden die strenge Zweckbindung (arg: *für den konkreten Fall*) sowie die Freiheit von Willensmängeln (arg: *insbesondere ohne Zwang*) in den Vordergrund gestellt.

Keine nähere Konkretisierung durch das DSG erfahren demgegenüber die Anforderungen, die an die Person des die Zustimmung Abgebenden zu stellen sind. Nicht geklärt wird vor allem die Frage, ob nur volljährige Personen oder auch mündige oder sogar unmündige Minderjährige eine derartige Zustimmungserklärung abgeben können. Offen bleibt also insbesondere, ob Jugendliche selbst der Verwendung ihrer personenbezogenen Daten zustimmen können oder ob sie dazu – generell oder nur in bestimmten Fällen – der Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters bedürfen.

²⁶ betreffend die Zulässigkeit der Verwendung nicht sensibler Daten.

²⁷ betreffend die Zulässigkeit der Verwendung sensibler Daten.

²⁸ Vgl zur Definition des Rechtsgeschäfts zB *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 96.

²⁹ § 4 Z 3 und Z 4 DSG.

³⁰ § 4 Z 14 DSG.

Diese Probleme wurden bislang – soweit ersichtlich – weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung in ausreichendem Maße behandelt und sollen daher im Folgenden Gegenstand der Untersuchung sein. Insbesondere sollen Antworten auf die Frage gesucht werden, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen ein Minderjähriger in die Verwendung personenbezogener Daten einwilligen kann bzw. ob und bejahendenfalls in welchem Umfang eine entsprechende Kompetenz der gesetzlichen Vertreter besteht. Außerdem ist zu klären, ob der gesetzliche Vertreter – in den meisten Fällen sind dies die Eltern oder zumindest ein Elternteil des betreffenden Minderjährigen – die Weitergabe von personenbezogenen Daten veranlassen kann, wenn der Minderjährige selbst keine Erklärung abgibt oder wenn sich der Jugendliche dagegen aussprechen sollte.

Im Hinblick auf die vorzunehmende rechtliche Qualifikation der Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht ist zunächst die allgemeine Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht näher zu betrachten. Ferner müssen Wechselwirkungen zwischen diesen beiden Rechtsgebieten herausgearbeitet und einer Analyse zugeführt werden.

1.4 Allgemeines zur Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Die Frage der Unterscheidung und des Verhältnisses zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht beschäftigte bereits die historischen römisch-rechtlichen Juristen. Sie manifestiert sich auch heute noch in einer Zweiteilung der Rechtsordnung, auf welcher der gesamte geltende Rechtsbestand aufbaut.³¹ Insbesondere zur Bestimmung des anzuwendenden Verfahrensrechts und vor allem zum Zweck der Klärung von Zuständigkeitsfragen muss eine strenge Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht vollzogen werden:³² § 1 Jurisdiktionsnorm (JN) sieht nämlich vor, dass für bürgerlich-rechtliche Angelegenheiten ausschließlich die Gerichte, für öffentlich-

³¹ Brauner, Neuere Europäische Privatrechtsgeschichte¹⁰ (2003) 1.

³² Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 177f.

rechtliche Angelegenheiten ausschließlich die Verwaltungsbehörden zuständig sind.

Aus diesem Grund ist eine strenge Abgrenzung und Zuordnung der einzelnen Materien zum öffentlichen oder zum Privatrecht erforderlich, wobei die jeweilige Zuordnung im Einzelfall mitunter Schwierigkeiten bereiten kann.³³

Eine Einteilung versuchte bereits das römische Recht zu treffen, indem dem *ius publicum* das *ius privatum* gegenüber gestellt wurde.³⁴ Ab Anfang des 17. Jahrhunderts wurde dem Privatrecht seitens der Wissenschaft bewusst das öffentliche Recht gegenüber gestellt.³⁵ Zur Abgrenzung der beiden Regelungsbereiche wurden im Laufe der Jahrhunderte verschiedenartige Methoden, wie beispielsweise die Interessentheorie, die Subjektionstheorie oder die Subjektstheorie, entwickelt.³⁶ All diese Theorien versuchen, das Privatrecht in einer für sie spezifischen Art und Weise vom öffentlichen Recht abzugrenzen. Sie alle liefern jedoch für sich alleine gesehen, keine ausreichenden Abgrenzungskriterien. Bei näherer Betrachtung können bei jeder einzelnen Theorie Kritikpunkte gefunden werden, die sich als Ausnahmen zu der jeweiligen Theorie präsentieren. Lehre und Rechtsprechung tendieren daher zu einer Kombination der einzelnen Theorien.³⁷

Sinn und Zweck dieser komplexen Überlegungen ist es, die einzelnen Materien entweder auf den Zivilrechtsweg oder vor die Verwaltungsbehörden zu verweisen. Diese Überlegungen betreffen also verfahrensrechtliche Fragestellungen, weil sie in untrennbarem Zusammenhang mit dem grundsätzlichen Problem der Zuständigkeit zur Vollziehung bestimmter öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsvorschriften stehen. Sie klären jedoch nicht, ob es trotz dieser auf Verfahrensebene zu vollziehenden strikten Trennung nicht dennoch Wechselwirkungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, dh im Bereich des materiellen Rechts, gibt oder geben darf.

³³ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 92 ff.

³⁴ *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹ (2001) 30; *Brauneder*, Neuere Europäische Privatrechtsgeschichte¹⁰, 1.

³⁵ *Brauneder*, Neuere Europäische Privatrechtsgeschichte¹⁰, 1 f.

³⁶ Vgl dazu etwa *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 6.

³⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 6; siehe auch den Verweis in *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 178.

Bei Betrachtung verschiedener alltäglicher Lebenssachverhalte zeigt sich ziemlich rasch die Nähe der beiden *Rechtshemisphären*³⁸ zueinander. Beispielsweise beschränken etwa Bauordnungen oder Denkmalschutzvorschriften das dem Privatrecht entspringende Eigentumsrecht in nicht unerheblicher Weise.³⁹ Weitere Überschneidungen finden sich im Bereich der Beschlagnahme nach § 39 VStG. Auch hier kommt es durch einen öffentlich-rechtlichen Eingriff zu einer Überwindung des privatrechtlichen Eigentumsrechts. Ähnlich stellt sich die Sachlage bei Enteignungen dar.

Besonders deutlich zeigen sich Schnittstellen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht im Wirtschaftsrecht, wie etwa in den Bereichen des Vergaberechts, der Vertragsraumordnung, des Straßenmautrechts oder des Anstaltsrechts.⁴⁰ In all diesen zuletzt genannten Rechtsgebieten, die unzweifelhaft dem öffentlichen Rechtsbereich angehören, kommt es zu unmittelbaren Berührungen mit Institutionen und/oder Rechtsfiguren des Privatrechts.

1.5 Die Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen im öffentlichen Recht

1.5.1 Fallgruppen

Unter bestimmten Umständen sind zivilrechtliche Bestimmungen bei der Vollziehung öffentlich-rechtlicher Vorschriften heran zu ziehen. Zum Einen kann es vorkommen, dass eine Verwaltungsvorschrift explizit auf das bürgerliche Recht, das ABGB oder eine andere zivilrechtliche Bestimmung, verweist. Von dieser Technik macht der Gesetzgeber zB in § 9 AVG Gebrauch. Diese Bestimmung sieht für den Bereich des öffentlichen Rechts die Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die Rechts- und Handlungsfähigkeit von Beteiligten vor.⁴¹

³⁸ *Raschauer*, Einführung in die Rechtswissenschaften und ihre Methoden – Öffentliches Recht⁷ (Studienjahr 2003/04) 44.

³⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 7.

⁴⁰ *Holoubek/Kalss*, Schnittstellen des privaten und öffentlichen Wirtschaftsrechts, ÖZW 2000, 77.

⁴¹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 429; *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht (2009) 88 ff; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 97 f.

Die zivilrechtlichen Bestimmungen sollen der ausdrücklichen Regelung entsprechend jedoch immer erst dann zur Anwendung gelangen, wenn sich in den öffentlich-rechtlichen Vorschriften keine Sonderbestimmungen hinsichtlich der Rechts- und/oder Handlungsfähigkeit eines Beteiligten finden.⁴² Hierdurch wird festgelegt, dass das bürgerliche Recht gegenüber öffentlich-rechtlichen Vorschriften lediglich subsidiär heranzuziehen ist.

Allerdings können bürgerlich rechtliche Regelungen auch ohne ausdrücklichen Verweis im öffentlichen Recht anzuwenden sein. Dies ist dann der Fall, wenn es sich um Rechtsbegriffe handelt, die ihren Ursprung und Bedeutungshintergrund nur im ABGB (bzw in anderen zivilrechtlichen Regelungen) haben (können).⁴³

Als Beispiel kann an dieser Stelle der Begriff des *gesetzlichen Vertreters* angeführt werden. Dieser Begriff entstammt unzweifelhaft der Zivilrechtsdiktion. Seine Bedeutung ist ausschließlich dem bürgerlichen Recht zu entnehmen und wird alleine durch Bestimmungen des ABGB definiert.⁴⁴ Dieser Rechtsbegriff wird allerdings auch in zahlreichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften verwendet, ohne dass hier eine separate Definition vorgenommen wird, so zum Beispiel in § 16 AsylG, § 361 ASVG oder aber § 19 StbG 1985 idF BGBl. I Nr. 1998/124.

Darüber hinaus eröffnet sich ein weiteres Anwendungsgebiet für Normen, die *Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze* sind.⁴⁵ VwGH und VfGH qualifizieren zum Beispiel die bürgerlich-rechtlichen Interpretationsregeln aus dem einleitenden Teil des ABGB als derartige allgemeine Rechtsgrundsätze, welche auch analog in anderen Rechtsgebieten, dh im öffentlichen Recht, Anwendung finden sollen.⁴⁶

⁴² *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 429.

⁴³ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 97.

⁴⁴ zB §§ 144, 145a, 151, 152, 154, 154a, 163a ABGB.

⁴⁵ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 97.

⁴⁶ *Bydlinski* in *Rummel*, *Kommentar zum ABGB*³ (2000) § 6, Rz 2; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 427f.

Die Besonderheiten des öffentlichen Rechts können jedoch Anpassungen der Auslegungsregeln erforderlich machen. So wurde beispielsweise für die Interpretation der Kompetenzartikel der Bundesverfassung die so genannte *Versteinerungstheorie* entwickelt.⁴⁷

Aber auch andere Regelungen, wie etwa jene der §§ 329, 1042, 1431 und 1437 ABGB hielten Einzug in die verwaltungs- und verfassungsgerichtliche Judikatur.⁴⁸ Dies gilt etwa für den bürgerlich-rechtlichen *Verzicht*, der entsprechend der Diktion des VwGH ein der *österreichischen Rechtsordnung innewohnender, auch im Bereich des öffentlichen Rechts geltender Rechtsgrundsatz*⁴⁹ ist. Auch die Frage, was unter einem *Vergleich* zu verstehen ist, ist nach Ansicht des VwGH⁵⁰ unter Heranziehung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften zu bestimmen.

Nicht nur eine unmittelbare Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen (zB aufgrund von Verweisen) kommt in Betracht. Darüber hinaus ist auch eine analoge Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen des ABGB seitens der Verwaltungsbehörden möglich; allerdings sei hier *größte Vorsicht*⁵¹ geboten und Rechtssätzen des Verwaltungsrechts jedenfalls Vorrang vor jenen des bürgerlichen Rechts einzuräumen. Eine diesbezüglich einheitliche Linie lässt sich weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung erkennen, es divergieren sogar die Meinungen der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts über diese Frage.⁵² Während der VfGH⁵³ beispielsweise der Ansicht war, dass die Regelungen des ABGB über Verzugszinsen auch für Ansprüche im Bereich des öffentlichen Rechts Anwendung zu finden haben, vertrat der VwGH die gegenteilige Meinung.⁵⁴

⁴⁷ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 58; *Bydlinski* in *Rummel, Kommentar zum ABGB*³ (2000) § 6, Rz 2; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 275 ff.

⁴⁸ Bsp siehe *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 97, FN 14 und 15.

⁴⁹ VwSlg 1314 A/1950, 2944 A/1953, 3758 A/1955, 4047 A/1956, 8860 A/1975.

⁵⁰ VwGH 28.2.2007, 2006/16/0136.

⁵¹ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 98; vgl auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 427.

⁵² *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 98.

⁵³ Erkenntnisse vom 9.10.2000, B1824/99, vom 2.10.1996, A7/96, sowie vom 10.10.1996, B2844/95.

⁵⁴ Erkenntnisse vom 30.3.1989, 89/16/0052, oder vom 7.4.1987, 86/97/0236; vgl auch *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 98.

Neben der Frage der analogen Anwendung bürgerlich-rechtlicher Bestimmungen können aber auch andere dem Zivilrecht entstammende Regelungen Relevanz im öffentlichen Recht erlangen. Ein solcher Fall liegt beispielsweise dann vor, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften für die Auslösung einer bestimmten (öffentlich-rechtlichen) Rechtsfolge auf das Vorliegen eines nach den Regeln des Privatrechts abgeschlossenen Vertrages aufbauen, aber selbst keine Definitionen bezüglich des Zustandekommens dieses Rechtsgeschäfts enthalten. In diesen Fällen entsteht zur Beurteilung der Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen Regelung die Notwendigkeit des Rückgriffes auf das bürgerliche Recht.⁵⁵

In seinem Erkenntnis vom 28.2.2007, 2006/16/0136, setzte sich der VwGH ausdrücklich mit dem Problem der Anwendung zivilrechtlicher Definitionen im öffentlichen Recht auseinander. Der VwGH stellte eindeutig auf die Wechselwirkungen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht ab. Die Darstellung des an den Gerichtshof zur Entscheidung herangetragenen Sachverhalts an dieser Stelle soll der Verdeutlichung und der Veranschaulichung der Vorgehensweise bei der Lösung des Falls durch den VwGH dienen:

Ausgangspunkt des der Entscheidung vorangehenden Rechtsstreits war der Abschluss eines Kontokorrentkreditvertrages im Jahre 1998 zwischen zwei Gesellschaften zur Finanzierung von Handelsgeschäften. Dieser Vertrag wurde im Laufe der Zeit schriftlich modifiziert, unter anderem wurde das Vertragswerk im April 2000 um eine als *Forderungsverzicht* bezeichnete Vereinbarung erweitert, welche in mehreren Punkten regelte, dass die kreditgebende Gesellschaft (C AG) auf einen Teil der Kreditsumme gegen Einräumung einer Hypothek an bestimmten Miteigentumsanteilen verzichten werde. Ferner wurde der Abschluss eines gerichtlichen Räumungsvergleiches betreffend die von der Beschwerdeführerin von der C AG untergemieteten Räume vereinbart.

⁵⁵ VwGH 28.2.2007, 2006/16/0136.

Die Beschwerdeführerin war also nicht nur Kreditnehmerin der C AG sondern auch Untermieterin ihrer Büroräumlichkeiten. Anlassfall für die Beschwerde an den VwGH war jene Urkunde, die von den den Vertragsparteien als *Forderungsverzicht* betitelt worden war. Das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern setzte für dieses Dokument entgegen der von den gewählten Parteien Bezeichnung *Forderungsverzicht* die Gebühren für einen *Vergleich* fest. Nach Ausschöpfung des Instanzenzuges wurde die Angelegenheit an den VwGH herangetragen.

Dieser verweist in seiner rechtlichen Begründung darauf, dass gemäß § 17 Abs 1 erster Satz GebG für die Festsetzung der Gebühr der Inhalt der über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgeblich ist. Der VwGH geht in diesem Erkenntnis⁵⁶ weiters ausdrücklich davon aus, dass der Begriff des *Vergleichs* aufgrund der Tatsache, dass das Gebührengesetz 1957 keine entsprechende Definition enthalte, nach § 1380 ABGB zu bestimmen sei. In weiterer Folge wendet der VwGH für seine rechtliche Beurteilung unter Heranziehung der einschlägigen zivilrechtlichen Kommentare die dort enthaltenen Definitionen eines Vergleiches an und bestimmt, dass ein Vergleich im Gebührenrecht nicht anders auszulegen sei als im bürgerlichen Recht. In beiden Rechtsbereichen könne daher ein Vergleich auch dann vorliegen, wenn die Vertragsparteien ein Rechtsgeschäft ausdrücklich als *Forderungsverzicht* deklarieren, jedoch (zivil-)materiellrechtlich den Willenserklärungen die Absicht, einen Vergleich schließen zu wollen, zu entnehmen ist.

Dieser wahre Wille der Parteien ist ebenso unter Heranziehung der Auslegungsregeln des bürgerlichen Rechts zu ermitteln. Dementsprechend greift der VwGH ebenfalls die dem zivilrechtlichen Bereich entnommenen Methoden der Vertragsinterpretation auf, und wendet die unter Zuhilfenahme des Privatrechts gewonnenen Erkenntnisse auf den von ihm zu beurteilenden Fall an.

In einem weiteren Fall⁵⁷ wurde der Gerichtshof mit dem Problem konfrontiert, dass ein Vertrag von mehreren Vertragsparteien unterzeichnet wurde, von denen allerdings eine

⁵⁶ VwGH 28.2.2007, 2006/16/0136.

⁵⁷ VwGH 25.1.2007, 2006/16/0181.

wegen Geschäftsunfähigkeit, mangelnder Vollmacht, fehlender Genehmigung oder ähnlichen Gründen ungültig kontrahierte.⁵⁸ Auch hier zog der VwGH zur Beurteilung der Steuerpflichtigkeit dieses Vertrages zivilrechtliche Bestimmungen heran, nämlich konkret jene des § 878 ABGB, wonach geradezu Unmögliches nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages sein kann. Wie in der Entscheidung 2006/16/0136 nimmt der VwGH auch hier Bezug auf zivilrechtliche Regeln und wendet die einschlägigen zivilrechtlichen Nachschlagewerke, Kommentare und zivilrechtlichen Auslegungsmethoden an. Letztendlich legt der VwGH den Vertrag auch in diesem Fall aufgrund des hypothetischen Parteiwillens – einem dem Bereich des bürgerlichen Rechts zuzuordnenden Begriff – aus und analysiert, welche Regelungen vernünftige Parteien für den konkreten Fall getroffen hätten.

Der VwGH nimmt in seinen Erkenntnissen somit wiederholt und ganz selbstverständlich Bezug auf das Zivilrecht. Insbesondere in den oben wiedergegebenen Judikaten wurden durch den VwGH Vernetzungen und Verflechtungen zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht deutlich herausgearbeitet. Eine Analyse dieser Entscheidungen ergibt, dass Rückgriffe auf das Zivilrecht insbesondere in Bereichen erforderlich sind, in denen für die Beurteilung der Anwendbarkeit (öffentlich-rechtlicher) Rechtsnormen grundlegende zivilrechtliche Vorfragen gelöst werden müssen. Im Erkenntnis 2006/16/0136 war dies etwa die Frage, nach welchen Kriterien Verträge zu beurteilen und einzustufen sind; im Verfahren 2006/16/0181 war das Thema *Geschäftsfähigkeit* als Vorfrage zu behandeln.

Dass der VwGH die im Zivilrecht geregelte Geschäftsfähigkeit auf öffentlich-rechtliche Sachverhalte anwendet, steht auch im Einklang mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und dient mE letztendlich auch Rechtssicherheitswägungen. Ein grundlegendes Rechtsinstitut, wie etwa die Geschäftsfähigkeit, darf grundsätzlich im öffentlichen Recht nicht anders beurteilt werden, als in privatrechtlichen Kontexten.⁵⁹

⁵⁸ VwGH 25.1.2007, 2006/16/0181.

⁵⁹ So auch § 9 AVG, § 79 BAO.

Dort allerdings, wo es sinnvoll ist, können und müssen abweichende Regelungen getroffen werden.⁶⁰ Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Verwaltungsvorschrift aus sachlichen Gründen einem Gebilde, dem nach bürgerlichem Recht keine Rechtsfähigkeit zukomme, eine (beschränkte) Rechtsfähigkeit einräumt.⁶¹

Diese Rechtslage im Zusammenhang mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit ist nur auf den ersten Blick klar und eindeutig. Aufgrund zahlreicher Sonderbestimmungen⁶² ergibt sich ein komplexes Geflecht von Regel und Ausnahmen. Dieses Geflecht soll die Ausgangsbasis für die im Rahmen dieser Arbeit behandelte Thematik der unmittelbaren oder analogen Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen im Bereich des dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Datenschutzgesetzes (DSG) sein.

Zunächst ist vorzuschicken, dass § 4 Z 14 DSG zwar nicht ausdrücklich von der Rechts- und Handlungsfähigkeit als Voraussetzung für die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung spricht. Allerdings ist die Frage, ob die eine Willenserklärung abgebende Person hierzu überhaupt fähig war/ist,⁶³ eine derart grundlegende, dass auch ohne ausdrückliche Erwähnung deren Maßgeblichkeit für das Datenschutzrecht feststeht.

Der Zusammenhang mit den Regelungen des bürgerlichen Rechts ergibt sich aber auch aus der Bestimmung des § 9 AVG.⁶⁴ § 9 AVG ist nicht nur der allgemeine Grundsatz, dass im öffentlichen Recht die bürgerlich-rechtlich definierte Rechts- und Handlungsfähigkeit ebenso zu berücksichtigen ist, zu entnehmen, sondern darüber hinaus eine klare Gebrauchsanweisung:

Wenn sich die Kriterien für die Beurteilung der Rechts- und Handlungsfähigkeit in Form von Sonderbestimmungen des öffentlichen Rechts finden, sind diese jedenfalls primär anzuwenden.

⁶⁰ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 427f.

⁶¹ zB § 19 Abs 4 UVP-G 2000 den Bürgerinitiativen.

⁶² Siehe unten, insb Punkte 4.2.1 bis 4.2.5.

⁶³ Vgl auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 53f.

⁶⁴ *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009) 88ff.

Enthält jedoch eine Verwaltungsvorschrift keine speziellen Regelungen, ist daraus jedoch noch nicht der Schluss zu ziehen, dass die betreffende Verwaltungsvorschrift auf Minderjährige nicht anzuwenden wäre.⁶⁵ Gemäß der Bestimmung des § 9 AVG sind in diesem Fall vielmehr die Regelungen des Zivilrechts heranzuziehen.

Die zuletzt genannte Fallkonstellation liegt auch im Bereich des Datenschutzrechts vor: Die die Zustimmungserklärung regelnden Bestimmungen des DSG, insbesondere dessen § 4 Z 14, enthalten keine speziellen, primär anzuwendenden Vorgaben. Soin ist nach dem soeben Ausgeführten subsidiär auf sämtliche zur Verfügung stehenden Bestimmungen des Privatrechts zurückzugreifen.

Die Beurteilung, ob eine bestimmte Person im Datenschutzrecht, einem Bereich, der eindeutig dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, rechtsgültig zu handeln befähigt ist, richtet sich daher mangels anders lautender Regelungen nach den bürgerlich rechtlichen Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit.

Im konkreten Fall scheint die Sach- und Rechtslage demnach klar: Schlägt man im ABGB nach, so findet man unter der Überschrift *Erfordernisse eines gültigen Vertrages I. Fähigkeiten der Personen* in § 865 eine Regelung der Geschäftsfähigkeit samt Verweis auf § 151 ABGB. Anzuwenden wäre auf den ersten Blick daher das dem ABGB immanente System abgestufter Geschäftsfähigkeit Minderjähriger (Altersstufenmodell des ABGB mit schrittweiser Erweiterung der Geschäftsfähigkeit).⁶⁶ Allerdings kommen an dieser Stelle der europäische Meinungsstand⁶⁷ sowie die Bemühungen des österreichischen Gesetzgebers, Minderjährigen hinsichtlich ihrer höchstpersönlichen Rechte mehr Dispositionsmöglichkeiten einzuräumen, ins Spiel.

⁶⁵ Vgl. zum Themenkreis Datenschutz den Standpunkt der Artikel-29-Datenschutzgruppe, im Arbeitspapier 1/2008, sowie deren Stellungnahme 2/2009.

⁶⁶ Hiervon gehen zB *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 4 Anm 14 aus; aA *Sonntag*, Einführung in das Internetrecht (2009) 238f.

⁶⁷ Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009.

Mit diesen im Einklang steht nämlich der erkennbare Zweck der im DSG eingeräumten Möglichkeit, eine Zustimmungserklärung zur Verwendung personenbezogener Daten abgeben zu können: die weitestgehende Ermöglichung der Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts.⁶⁸

In den vergangenen zehn Jahren hat eine mit diesen Anforderungen im Einklang stehende maßgebliche Neuerung Einzug in das ABGB gehalten. Angesprochen ist hiermit die Erkenntnis des Gesetzgebers, dass es in bestimmten Angelegenheiten bzw. Situationen, die höchstpersönliche Lebensbereiche betreffen, erforderlich ist, auf *individuelle* Fähigkeiten des Betroffenen abzustellen.

Die Anwendung eines flexiblen Systems würde auch den vom Datenschutzrecht verfolgten Zwecken entsprechen; nach dem deklarierten Willen des Gesetzgebers sollte der Betroffene grundsätzlich selbst über das Schicksal der ihn betreffenden Daten entscheiden, hierdurch solle die *rechtliche Stellung des Betroffenen wesentlich gestärkt*⁶⁹ werden.

Da nach dem erkennbaren Zweck des DSG dem Einzelnen eine weite Befugnis, über seine personenbezogenen Daten selbst bestimmen zu können, eingeräumt werden soll, kann eine Einschränkung, wie sie die allgemeinen Altersstufen-Geschäftsfähigkeitsregeln des ABGB bewirken können⁷⁰, kontraproduktiv sein. Es ist daher zu fragen, ob nicht die durch das KindRÄG 2001⁷¹ in das ABGB aufgenommene Einsichts- und Urteilsfähigkeit als besondere und individuell zu beurteilende Art der Geschäftsfähigkeit (zumindest *per analogiam*) ebenfalls unter die *Vorschriften des bürgerlichen Rechts*, auf die § 9 AVG pauschal verweist, subsumierbar ist und dem Zweck der in Frage stehenden Bestimmung des DSG letztlich nicht mehr entspricht.

⁶⁸ Der Begriff der *informationellen Selbstbestimmung* wurde erstmals vom deutschen BVfG geprägt (Volkszählungsurteil 15.12.1983, BVerfGE 65,1).

⁶⁹ ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 33, 35.

⁷⁰ Siehe unten Punkt 7.1.

⁷¹ BGBl I 2000/135.

Derzeit gibt es keine öffentlich-rechtliche Bestimmung, welche die Einsichts- und Urteilsfähigkeit explizit als Alternative bzw Ergänzung zum abgestuften Geschäftsfähigkeitssystem des ABGB bezeichnet. Einzelne Bestimmungen sehen jedoch eine der Einsichts- und Urteilsfähigkeit nachempfundene (Spezial-)Regelung iSd § 9 AVG vor.⁷²

Da jedoch die Einsichts- und Urteilsfähigkeit das erforderliche flexible Instrument für die Beurteilung von Willenserklärungen in höchstpersönlichen Lebensbereichen sein *kann*, soll die Frage ihrer möglichen Anwendbarkeit im öffentlichen Recht im Folgenden anhand des Themenkreises *Datenschutzrecht* erörtert werden.

1.5.2 Exkurs: Schnittstellen oder Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Der Untertitel dieser Arbeit lautet Schnittstellen oder Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Ausgehend vom Datenschutzgesetz sollen Schnittstellen, aber auch mögliche Spannungsverhältnisse zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht aufgezeigt werden. Bevor ich jedoch *in medias res* gehe, möchte ich im Rahmen dieses Exkurses der Vollständigkeit halber – und daher in aller Kürze – aufzeigen, dass sich nicht nur das öffentliche Recht mit Verweisen auf das Privatrecht behilft. Auch das ABGB bedient sich mitunter eines Rückgriffs auf das öffentliche Recht.

1.5.2.1 § 364a ABGB, § 925 ABGB

Gemäß § 364 Abs 2 ABGB etwa kann der Eigentümer eines Grundstückes dem Nachbarn die von dessen Grundstück ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und Ähnlichem (sog *Immissionen*⁷³) insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich

⁷² So zB § 42 AMG, siehe unten Punkt 4.2.5.

⁷³ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 283ff.

beeinträchtigen.

Hierbei handelt es sich um einen Anspruch auf Unterlassung bzw Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands.⁷⁴ § 364a ABGB schränkt diesen Unterlassungsanspruch des Nachbarn jedoch ein, wenn die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine *behördlich genehmigte Anlage* verursacht wird. Eine solche behördliche Genehmigung erfordert, dass die Nachbarn Gelegenheit hatten, mit ihren Argumente im Bewilligungsverfahren gehört zu werden; dies ist etwa im Bewilligungsverfahren einer Betriebsanlage nach den §§ 74 ff und §§ 353 ff GewO der Fall.⁷⁵ Das heißt, es liegt nur dann eine *behördlich genehmigte Anlage* im Sinne des § 364a ABGB vor, wenn die *Genehmigung nach Abwägung der widerstreitenden Interessen in einem Verfahren erteilt wurde, in dem das rechtliche Gehör des Nachbarn gewahrt ist*⁷⁶.

Nach der Rechtsprechung ist § 364a ABGB verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass eine im vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO genehmigte Anlage keine behördlich genehmigte Anlage im Sinne des § 364a ABGB ist, weil hier die Mitspracherechte der Nachbarn nicht in gehöriger Weise berücksichtigt werden.⁷⁷

Liegt eine behördlich genehmigte Anlage iSd § 364a ABGB vor, muss der Nachbar die Anlage auch dann dulden, wenn sie das ortsübliche Maß überschreitet und die ortsübliche Nutzung wesentlich beeinträchtigt.⁷⁸ In diesem Fall steht dem gestörten Eigentümer lediglich ein besonderer Schadenersatzanspruch zu.⁷⁹

§ 925 ABGB ordnet iZm *Viehmängeln* an, dass durch eine (öffentlich-rechtliche) Verordnung bestimmt wird, inwieweit die Vermutung eintritt, dass ein Tier schon vor der Übergabe krank gewesen ist.⁸⁰

⁷⁴ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 283ff.

⁷⁵ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 287.

⁷⁶ VwGH 21.2.2007, 2006/06/0043.

⁷⁷ OGH 8.7.2003, 4 Ob 137/03 f.

⁷⁸ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 287.

⁷⁹ Ausgleichsanspruch; vgl hierzu im Einzelnen *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 288.

⁸⁰ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 178.

1.5.2.2 § 357 GewO

Vice versa enthält § 357 GewO wiederum einen unmittelbaren Bezugspunkt zum Privatrecht im Betriebsanlagenbewilligungsverfahren.

Diese Verwaltungsvorschrift normiert, dass, sofern Nachbarn privatrechtliche Einwendungen gegen eine zu genehmigende Anlage vorgebracht haben, der Verhandlungsleiter auf eine Einigung hinzuwirken hat; die allenfalls herbeigeführte Einigung ist in der Niederschrift über die Verhandlung zu beurkunden. Nur im Falle der Nichteinigung ist der Nachbar auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.

1.5.2.3 WAG

Janusköpfigen Charakter weisen auch die Wohlverhaltensregeln des WAG auf, einerseits können sie bei ihrer Verletzung schadenersatzrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Andererseits wird ihre Nichteinhaltung verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert und unterstehen die durch die Wohlverhaltensregeln Verpflichteten der Aufsicht der Finanzmarktaufsicht, einer dem öffentlichen Recht zugehörigen Behörde.⁸¹

1.5.2.4 Resümee

Als Resümee dieses Exkurses ist daher festzuhalten, dass öffentliches Recht und Privatrecht nicht vollkommen isoliert und in jeder Weise unabhängig voneinander betrachtet werden können. Eindeutig sind die Schnittstellen, wenn sich explizite wechselseitige Verweise finden, so wie in § 9 AVG oder (wenn auch in abgeschwächter Form) in § 364a ABGB. Andererseits ermöglichen die wechselseitigen Bezugnahmen die Möglichkeit, (planwidrige) Lücken im öffentlichen Recht, welche nicht durch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften gefüllt werden können, durch Rückgriff auf Bestimmungen des Privatrechts zu schließen.

⁸¹ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht I (2005) § 6, Rz 5.

Dass diese Vorgangsweise auch der Rechtsansicht des VwGH entspricht, ist dokumentiert.⁸²

1.5.3 Wann liegt eine Lücke vor?

Sofern sich ein bestimmter Sachverhalt unter Zugrundelegung aller Interpretationsmethoden als nicht unter einen bestimmten Tatbestand subsumierbar erweist, kann – bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen – vom Vorliegen einer Regelungslücke gesprochen werden.⁸³

Bevor Analogien also überhaupt erst in Betracht gezogen werden dürfen, müssen zunächst alle Interpretationsmethoden ausgeschöpft werden. Erst wenn diese zu keinem eindeutigen Interpretationsergebnis geführt haben, ist es zulässig, Bestimmungen, die dem nicht geregelten Fall vergleichbar (*analog*) sind, heranzuziehen. Zur Überprüfung, ob eine Lücke vorliegt, dienen die Auslegungsregeln der §§ 6 ff ABGB, welche eine *positivrechtliche Teilerfassung der Regeln der juristischen Methodenlehre*⁸⁴ enthalten. Diese Interpretationsmethoden sind auch im öffentlichen Recht anwendbar.⁸⁵

Als Auslegungsmethoden in Betracht kommen die Wortinterpretation, die systematische oder grammatikalische Interpretation, die historische Interpretation und die teleologische Interpretation.⁸⁶

Während sich die Auslegung bei der Wortinterpretation unter Berücksichtigung des *Sprachgebrauchs*⁸⁷ am Wortsinn des zu interpretierenden Begriffes orientiert, muss bei der systematischen Interpretation auf die Stellung des Wortes im konkreten Satz, im

⁸² VwGH, 28.2.2007, 2006/16/0136; für den Bereich des Gebührenrechts; vgl hierzu oben, Punkt 1.5.1.

⁸³ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 198f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 27f.

⁸⁴ *Bydlinski in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 1.

⁸⁵ Vgl. zB VwGH 25.1.2007, 2006/16/0181; 28.2.2007, 2006/16/0136.

⁸⁶ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 194; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 22 ff; *Bydlinski in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 17 ff.

⁸⁷ *Bydlinski in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 17; vgl auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 194f.

Kontext der Gesetzesbestimmung sowie im gesamten Gesetz, mitunter sogar auf den *Inhalt anderer Normen der Rechtsordnung*⁸⁸ abgestellt werden.

Unter Zuhilfenahme der Gesetzesmaterialien versucht man bei der historischen Interpretation die Intentionen des Gesetzgebers zu ermitteln.⁸⁹ Im Zuge der teleologischen Interpretation ist der objektiv ermittelbare Sinn und Zweck einer gesetzlichen Bestimmung maßgeblich für das Ergebnis der Interpretation.

Eine unwiderlegbare Rangordnung der einzelnen Interpretationsmethoden gibt es nicht.⁹⁰ Keiner Methode ist pauschal der Vorrang vor einer anderen einzuräumen. Der Einsatz der einzelnen Methoden obliegt daher dem Rechtsanwender selbst. Dabei kann je nach Art und Inhalt der auszulegenden Gesetzesbestimmung einmal der einen, ein anderes Mal einer anderen Auslegungsmethode der Vorzug zu geben sein.

Wenn die Anwendung unterschiedlicher Interpretationsmethoden zu verschiedenen Ergebnissen führt, ist eine *Gesamtwürdigung im Sinne eines beweglichen Systems*⁹¹ erforderlich, wobei die jeweils für (oder gegen) eine bestimmte Auslegungsmethode sprechenden Argumente gegeneinander abgewogen werden müssen.⁹²

Sofern die Anwendung sämtlicher Auslegungsmethoden zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt hat, weil sich der Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne des zu interpretierenden Gesetzes entscheiden lässt⁹³, ist die wesentliche Voraussetzung für die analoge Anwendung von Rechtsvorschriften auf einen konkreten Fall erfüllt: Es liegt eine echte Gesetzeslücke vor. Unter einer *echten* Gesetzeslücke versteht man eine planwidrige und daher durch Analogie zu schließende Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten

⁸⁸ Bydlinski in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 18; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 195f unterscheidet zwischen *grammatikalisch-logischer*, *gesetzes-systematischer* und *inhaltlich-systematischer* Interpretation.

⁸⁹ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 195f; Bydlinski in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6 Rz 19.

⁹⁰ Bydlinski in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 25.

⁹¹ Bydlinski in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 25.

⁹² Bydlinski in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 25.

⁹³ Vgl § 7 ABGB.

geltenden Rechtsordnung.⁹⁴

Eine Lücke ist nach Ansicht des VwGH⁹⁵ nur dort anzunehmen, wo das Gesetz (gemessen an der mit seiner Erlassung verfolgten Absicht und seiner immanenten Teleologie) unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht. Ob eine Gesetzeslücke vorliegt, ist somit unter Heranziehung und Interpretation der gesamten Rechtsordnung zu beurteilen.

Eine der Möglichkeiten, eine nachgewiesene Lücke zu füllen, ist die Gesetzesanalogie. Bei dieser orientiert sich der Interpretierende an einer konkreten gesetzlichen Bestimmung, die der auszulegenden im Hinblick auf die *Gleichheit des Rechtsgrundes und des Schutzbedürfnisses*⁹⁶ ähnelt; die für einen bestimmten Einzelatbestand aufgestellte gesetzliche Regel wird sodann auf den ergänzungsbedürftigen, dh unregelmäßig, Fall übertragen.⁹⁷ Dies ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn in der analog anzuwendenden Rechtsvorschrift eine allgemeine Wertung des Gesetzgebers erkennbar ist, die daher ob ihrer allgemeinen Geltung vom geregelten auf den nicht geregelten Fall übertragbar ist; Abweichungen, die für den Sinn und Zweck der betrachteten Regelungen unerheblich sind, können außer Acht gelassen werden.⁹⁸

Auf einer im Vergleich zur Gesetzesanalogie allgemeineren Ebene findet die Rechts- oder Gesamtanalogie statt, bei der man aus der Zusammenschau und Extraktion essentieller Bestandteile mehrerer Rechtsnormen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz abzuleiten versucht. Ein allenfalls dadurch gewonnenes allgemeines Prinzip kann sodann in Folge auch für die Auffüllung des lückenhaften Tatbestands verwendet werden.⁹⁹

⁹⁴ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 198f; VwGH 19.12.2007, 2006/08/0319; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 27 ff.

⁹⁵ VwGH 19.12.2007, 2006/08/0319.

⁹⁶ *Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 7, Rz 4.

⁹⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 28ff; *Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 4.

⁹⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 29.

⁹⁹ *Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 7, Rz 5; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ (2006) 28 ff.

Aus der Tatsache, dass ein bestimmter Sachverhalt im Gesetz keine explizite Erwähnung findet, darf jedoch nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass eine Lücke vorliegt, welche durch eine Analogie zu schließen ist. Vielmehr kann sich bei genauer Analyse ergeben, dass der Gesetzgeber diesen bestimmten Fall gerade nicht erfasst wissen wollte.¹⁰⁰ In einem solchen Fall liegt keine *planwidrige* Lücke vor.

Des Weiteren kann sich herausstellen, dass eine Bestimmung nicht analogiefähig ist: Wenn aufgrund des Zweckes beziehungsweise der Wertungen des Gesetzes klar ersichtlich ist, dass eine gesetzliche Bestimmung nur einen ganz bestimmten Fall erfassen soll, so steht dies der Erstreckung der Rechtsfolgenanordnung im Wege der Analogie auf den nicht geregelten Fall entgegen.¹⁰¹ Demgegenüber kommt eine analoge Anwendung immer dann in Betracht, wenn kein vernünftiger Grund gefunden werden kann, dass eine unterschiedliche Behandlung der in Frage stehenden Sachverhalte geboten ist.¹⁰²

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es sich bei einer Lücke um eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung, handeln muss.¹⁰³ Die Lückenfüllung erfolgt mit Hilfe der Gesetzesanalogie oder der Rechtsanalogie, subsidiär unter Heranziehung der natürlichen Rechtsgrundsätze.¹⁰⁴

1.5.4 Handlungsfähigkeit im Verwaltungsrecht

Die Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen im öffentlichen Recht ist grundsätzlich

¹⁰⁰ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 198f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 27f.

¹⁰¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 28f; *Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 7, Rz 3; vgl auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 198f.

¹⁰² *Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 7, Rz 3.

¹⁰³ VwGH 18.9.2003, 2000/16/0599; VwGH 8.9.1998, 96/08/0207.

¹⁰⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 28ff; *Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 7, Rz 8.

möglich und mancherorts sogar notwendig. Mitunter finden sich (subsidiäre) Verweise auf bürgerlich-rechtliche Vorschriften; allenfalls ist auch die direkte Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen oder ein Rückgriff auf aus zivilrechtlichen Bestimmungen ableitbare allgemeine Rechtsgrundsätze erforderlich, um eine Verwaltungsvorschrift richtig anwenden zu können.¹⁰⁵

Für die Frage der Rechts- und Handlungsfähigkeit stellt eine Bestimmung aus dem Verwaltungsverfahrenrecht die Weichen für die weitere Betrachtungsweise im Rahmen dieser Arbeit: § 9 AVG ist mit der Überschrift *Rechts- und Handlungsfähigkeit* versehen. Diese Bestimmung legt fest, dass, insoweit die persönliche Rechts- und Handlungsfähigkeit von Beteiligten in Frage steht, diese von der Behörde, wenn in den Verwaltungsvorschriften¹⁰⁶ nichts Abweichendes bestimmt ist, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen ist.

Die von § 9 AVG getroffene Anordnung lässt sich daher wie folgt zusammenfassen: Primär sind im Hinblick auf die Beurteilung der Prozess-, Partei- und Handlungsfähigkeit bestehende besondere Regelungen in den Verwaltungsvorschriften maßgeblich.¹⁰⁷ Erst in einem zweiten Schritt, nämlich dann, wenn das öffentliche Recht selbst für den konkreten Fall keine Regelung vorsieht, ist – entsprechend der ausdrücklichen Anordnung des § 9 AVG – auf das bürgerliche Recht zurück zu greifen.

Die Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen im öffentlichen Recht ist in diesem Zusammenhang somit bloß subsidiärer Natur.¹⁰⁸ Sofern sie jedoch schlagend wird, ist sie umfassend zu verstehen. Das bedeutet, dass sie nicht nur die Bestimmungen des ABGB umfasst, sondern auch die Vorschriften des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts sowie des Insolvenzrechts.¹⁰⁹ Diese soeben dargestellten Grundsätze gelten nicht nur für natürliche Personen. Ebenso ist bei juristischen Personen

¹⁰⁵ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 427f.

¹⁰⁶ Verwaltungsvorschriften im Sinne der Verwaltungsverfahrensgesetze, sohin auch im Sinne des § 9 AVG, sind gemäß Art VI Abs 2 EGVG alle die verschiedenen Gebiete der Verwaltung regelnden Gesetze (Staatsverträge) und Verordnungen, welche von den Verwaltungsbehörden zu vollziehen sind.

¹⁰⁷ *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2004) § 9, Rz 3.

¹⁰⁸ *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2004) § 9, Rz 4.

¹⁰⁹ *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009) 88ff; *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2004) § 9, Rz 4.

vorzugehen. Auch hier gilt primär der Grundsatz der Anwendung verwaltungsrechtlicher Sonderbestimmungen. Bei Nichtvorliegen einer besonderen Bestimmung ist auf das allgemeine Zivilrecht zurück zu greifen.

Aus diesem Grund kommt einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zB einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE), mangels Rechtspersönlichkeit im Privatrecht grundsätzlich auch keine Rechtsfähigkeit im öffentlichen Recht zu.¹¹⁰ Verleihen Verwaltungsvorschriften jedoch Gebilden, die nach dem Privatrecht keine Träger von Rechten und/oder Pflichten sein können, eine wenn auch nur beschränkte Rechtsfähigkeit, wie etwa die Verfassungsbestimmung des § 19 Abs 4 UVP-G der Bürgerinitiative, so gilt es, dieser Bestimmung Vorrang einzuräumen und dem *Gebilde* – im Fall des § 19 Abs 4 UVP-G der Bürgerinitiative – die Ausübung ihrer Rechte zu ermöglichen.

Neben der privatrechtlich definierten Rechtsfähigkeit – das ist die Fähigkeit einer natürlichen oder juristischen Person, Träger von Rechten und Pflichten zu sein – spielt auch die Handlungsfähigkeit eine Rolle. Innerhalb der Handlungsfähigkeit erfolgt eine weitere Einteilung, nämlich in die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit.¹¹¹ § 9 AVG verweist auch auf diese weitere Unterteilung.¹¹²

Diese Bestimmungen sind daher grundsätzlich auch im Verwaltungsrecht maßgeblich. Sobald sich jedoch Sonderbestimmungen wie zB in § 14 Abs 2 SchülerbeihilfenG finden, wonach Anträge auf Gewährung von Beihilfen bei minderjährigen Schülern von deren Erziehungsberechtigten einzubringen sind, verdrängen diese Vorschriften die Regelungen des bürgerlichen Rechts bzw sämtliche Verweise auf diese.¹¹³ Auch in § 361 Abs 2 ASVG findet sich ein Beispiel für die Einräumung eines expliziten Antragsrechts für mündige Minderjährige.¹¹⁴ In ähnlicher Weise bestimmt § 16 Abs 2 AsylG, dass ein mündiger Minderjähriger, dessen Interessen von seinem gesetzlichen Vertreter nicht wahrgenommen werden können, berechtigt ist, Anträge auf

¹¹⁰ VwGH vom 18.1.2005, 2004/05/0068.

¹¹¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 54 ff.

¹¹² *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2004) § 9, Rz 12.

¹¹³ *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2004) § 9, Rz 12; VwGH 6.5.1996, 95/10/0195.

¹¹⁴ *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2004) § 9, Rz 12.

internationalen Schutz zu stellen und einzubringen.¹¹⁵

Aus den angeführten Beispielen folgt, dass in jedem Einzelfall geprüft werden muss, ob sich eine spezielle Regelung in auf den konkreten Sachverhalt anzuwendenden Verwaltungsvorschriften findet (*lex specialis* im Verhältnis zu § 9 AVG mit seinem Verweis auf das bürgerliche Recht). Wenn keine besondere Regelung hinsichtlich der Geschäfts- und Handlungsfähigkeit auffindbar ist, muss (subsidiär) auf die Regelungen des Zivilrechts (sozusagen als *lex generalis*) zurückgegriffen werden. Diesfalls muss die Frage, ob eine Person zur Setzung einer (Verfahrens-)Handlung fähig war bzw ist, unter Heranziehung der bürgerlich-rechtlichen Regelungen, welche die Geschäfts- und Handlungsfähigkeit zum Regelungsinhalt haben, gelöst werden.¹¹⁶

Anhand der Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht soll untersucht werden, ob es im Bereich der Verwaltungsvorschriften nicht doch einen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Maßstab gibt, der festlegt, ab welchem Alter Minderjährige im Datenschutzrecht *geschäftsfähig* sind.

Eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, die verbindlich anordnet, dass Minderjährige ab Erreichen eines konkret bezifferten Alters im Bereich des gesamten öffentlichen Rechts handlungsfähig sind, gibt es jedenfalls nicht.

1.5.5 Die Geschäftsfähigkeit

Als Geschäftsfähigkeit bezeichnet man einen Teilbereich der allgemeinen Handlungsfähigkeit neben der Deliktsfähigkeit. Man versteht darunter die *Fähigkeit, durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen*¹¹⁷. Der Handelnde muss dabei in der Lage sein, einen rechtsgeschäftlichen Willen bilden zu können.

¹¹⁵ Siehe hierzu genauer Punkt 4.2.1.

¹¹⁶ *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2004) § 9, Rz 13; VwGH vom 18.1.2005, 2004/05/0068.

¹¹⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I³ (2006) 53; *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293.

Dieser Wille muss, um zu einem gültigen Rechtsgeschäft zu führen, auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sein.¹¹⁸ Daraus folgt, dass an den die Erklärung Abgebenden, insb an dessen geistige Fähigkeiten, besondere Anforderungen zu stellen sind.

Der Mensch verfügt nicht bereits von Geburt an über jene Fähigkeiten, die erforderlich sind, um sich einigermaßen sicher auf dem glatten Parkett des Rechtsgeschäftslebens bewegen zu können. Die Geschäftsfähigkeit muss vielmehr erst Schritt für Schritt erworben werden. Es müssen Erfahrungen gesammelt werden, die Stück für Stück ein buntes Mosaik bilden, auf welchem die (natürliche und juristische) Geschäftsfähigkeit aufbaut.

Im Gegensatz zur Rechtsfähigkeit, über die jeder Mensch bereits von Geburt an verfügt, setzt die Geschäftsfähigkeit somit die Befähigung des Einzelnen zur vernünftigen und sachgerechten Ordnung seiner Angelegenheiten und zu einem Verhalten in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften voraus.¹¹⁹ Eine gesunde, fortschreitende geistige Entwicklung und das damit verbundene Sammeln von Erfahrung(en) führen zu einem sukzessiven Anstieg der Fähigkeiten des Einzelnen im Laufe seines Lebens.

Auf diesem Konzept – ausgehend von einer allmählichen Erweiterung nicht nur der physischen sondern auch der psychischen Fähigkeiten eines Menschen – baut die nach Altersgrenzen abgestufte Geschäfts- und Deliktsfähigkeitsregelung der §§ 151, 865 ABGB auf. Sie zieht diese Grenzen an markanten Punkten, deren Überschreitung grundsätzlich für das Vorhandensein der in der jeweiligen Entwicklungsphase alterstypischen Fähigkeiten spricht.

¹¹⁸ *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293; zB OGH 6.7.1989, 7 Ob 618/89, OGH 28.10.1976, 6 Ob 676/76.

¹¹⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 53.

Ebenso wie körperliche Fähigkeiten können daher auch geistige Fähigkeiten erst im Laufe der Zeit erworben werden. Hieraus ist – den allgemeinen Denkgrundsätzen folgend – abzuleiten, dass mit steigendem Alter auch der Umfang der Geschäftsfähigkeit wächst. Sofern allerdings eine Person nicht in der Lage ist – sei es aufgrund des geringen Alters oder aufgrund mangelnder geistiger Fähigkeiten –, abzuschätzen, welche konkreten Folgen eine von ihr gesetzte Handlung bewirkt, ist diese Person entweder überhaupt nicht oder bloß beschränkt geschäftsfähig und steht aus diesem Grund unter dem besonderen Schutz der Gesetze.¹²⁰

Das ABGB erwähnt in der soeben frei wiedergegebenen Regelung des § 21 leg cit ausdrücklich die Minderjährigen als schutzwürdige Personengruppe. Damit bringt das Gesetz aber keine Benachteiligung derselben zum Ausdruck sondern anerkennt vielmehr deren besonderes Schutzbedürfnis, welches – wie bereits festgehalten – daraus resultiert, dass ein Minderjähriger seine *körperliche und seelische Reife noch nicht erlangt hat*¹²¹. Dieser gesetzlichen Klarstellung liegt somit die Erkenntnis zugrunde, dass ein Minderjähriger erst einen gewissen Entwicklungs- und Reifungsprozess durchlaufen muss und während dieser Zeit besonders *verwundbar*¹²² ist.

Unter der Prämisse, dass ein Minderjähriger sein *Recht auf Entwicklung nur mit Unterstützung oder mit begleitenden Maßnahmen anderer Stellen und/oder Menschen richtig wahrnehmen*¹²³ kann, müssen entsprechende (Schutz-)Vorkehrungen getroffen werden. Durch die in § 21 ABGB vorgenommene gesetzliche Verankerung ihrer Schutzbedürftigkeit wird für diese Personengruppe der erforderliche Rahmen für die Bereitstellung von Fürsorgemaßnahmen geschaffen. Insbesondere die gesetzlichen Vertreter haben für das Wohl des Minderjährigen zu sorgen. Letzteren wird unter anderem die Aufgabe übertragen, durch diverse Mitwirkungspflichten im Geschäftsverkehr ihren Beitrag dazu zu leisten, Minderjährige vor Übervorteilung durch

¹²⁰ § 21 Abs 1 ABG.

¹²¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern, 3; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 3.

¹²² Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern, 4; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 4.

¹²³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern, 4; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 4.

potentielle Geschäftspartner zu bewahren.¹²⁴

1.5.5.1 Das Prinzip des Kindeswohls

Oberster und zentraler Leitsatz für die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Minderjährigen ist jener des Kindeswohls.¹²⁵ Diesen Grundsatz hat nicht nur der gesetzliche Vertreter zu beachten sondern auch der Gesetzgeber: In Österreich wurde dieses Prinzip vor allem in der bereits genannten Bestimmung des § 21 ABGB zum Ausdruck gebracht. Der Begriff des Kindeswohls findet sich darüber hinaus auch in den §§ 91, 92 Abs 3, 137 Abs 1, 146 Abs 3, 147, 148, 149, 163a, 167, 176 und 178 ABGB.

Was genau unter dem Begriff des *Kindeswohls* zu verstehen ist, erfährt in der österreichischen Rechtsordnung jedoch – soweit ersichtlich – keine explizite Definition. Die Bedeutung kann und muss somit aus den auf das Kindeswohl Bezug nehmenden Rechtsvorschriften ersehen und im Wege der Interpretation näher abgegrenzt bzw definiert werden. So gibt etwa § 178a ABGB Aufschluss darüber, worauf bei der Beurteilung des Kindeswohls Bedacht zu nehmen ist, nämlich auf die *Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, sowie die Lebensverhältnisse der Eltern*.¹²⁶

Aus Sicht der auf europäischer Ebene agierenden Artikel-29-Datenschutzgruppe umfasst der Grundsatz des Kindeswohls auch das Bestreben, die *Bedingungen für das Kind zu verbessern und das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit zu stärken*.¹²⁷

¹²⁴ OGH SZ 65/108.

¹²⁵ Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl. I Nr. 2011/4; Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil I), ÖJZ 2001, 485; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern, 4; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 4, 6.

¹²⁶ Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil I), ÖJZ 2001, 485.

¹²⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern, 4; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 4.

All diese Umschreibungen normieren eine Verpflichtung der Eltern, bei der Wahrnehmung der Pflege und Erziehung auf all die Fähigkeiten, Bedürfnisse und Eigenschaften der Minderjährigen Rücksicht zu nehmen. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass den Minderjährigen in bestimmten, ihre eigene Person betreffenden Angelegenheiten und Tätigkeitsbereichen ein größerer Handlungsspielraum zugestanden werden soll. Hierbei handelt es sich um eine besondere Unterstreichung und Stärkung des von einer Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters unabhängigen Selbstbestimmungsrechts der Minderjährigen.

Dieses Ziel lässt sich mE auch denjenigen österreichischen Rechtsvorschriften entnehmen, welche mittlerweile explizit auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit von Personen abstellen.

1.5.5.2 Gesetzliche Grundlagen der Geschäftsfähigkeit

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Geschäftsfähigkeit einer Person zu bestimmen. Die Geschäftsfähigkeit kann statisch, das heißt, nach festgelegten Altersgrenzen, oder dynamisch, entsprechend dem jeweiligen Entwicklungsstand des individuellen Minderjährigen, bestimmt werden. Auch Kombinationen zwischen diesen beiden Systemen sind möglich.

Der historische Gesetzgeber hat in den §§ 151 und 865 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zunächst die Entscheidung getroffen, die Geschäftsfähigkeit anhand fester Altersgrenzen festzumachen (im Folgenden *Rechtsgeschäfts-Fähigkeit*). Diese Festlegung erfolgte vor allem aus Rechtssicherheits- und Zweckmäßigkeitserwägungen.¹²⁸ Sie soll den Geschäftsverkehr von der unzumutbaren und manchmal wohl auch unmöglichen Aufgabe entlasten, in jedem Einzelfall eine Prüfung vorzunehmen, um feststellen zu können, ob der gegenüberstehende potentielle

¹²⁸ OGH 27.1.1983, 8 Ob 572/82; OGH 14.5.1981, 7 Ob 57/80.

Vertragspartner für die Tätigkeit des ins Auge gefassten Geschäfts die erforderlichen intellektuellen Fähigkeiten aufweist, und somit geschäftsfähig ist, oder eben nicht.

In den §§ 151 und 865 ABGB werden im Einzelnen folgende Einteilungen getroffen: Minderjährige unter 7 Jahren (*Kinder*) sind vollkommen geschäftsunfähig; unmündige Minderjährige (7 bis 14 Jahre, § 21 Abs 2 ABGB) und mündige Minderjährige (14 bis 18 Jahre, § 151 Abs 2 ABGB) sind beschränkt geschäftsfähig. Ab Vollendung des 18. Lebensjahres ist eine natürliche Person nach diesen Bestimmungen (grundsätzlich) voll geschäftsfähig (Volljährigkeit).¹²⁹

Insbesondere das Erreichen der Mündigkeit, das heißt, die Vollendung des 14. Lebensjahres bedeutet für den Minderjährigen im Hinblick auf die Möglichkeit, Rechtsgeschäfte abzuschließen, in zweifacher Weise eine Kompetenzerweiterung. Einerseits darf er (*ex lege*) nunmehr über Sachen, die ihm zur freien Verfügung überlassen worden sind, und über sein Einkommen aus eigenem Erwerb so weit verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse gefährdet wird.¹³⁰ Andererseits kann sich der Minderjährige selbständig zu Dienstleistungen mittels Vertrages verpflichten; ausgenommen hiervon ist lediglich der Abschluss von Lehrverträgen.¹³¹

Daneben eröffnet § 151 Abs 3 ABGB jedem Minderjährigen – sowohl mündigen als auch unmündigen Minderjährigen sowie Kindern – die Möglichkeit, Geschäfte, soweit sie geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens betreffen, abzuschließen (sog. *Wurstsemmel-Paragraph*¹³²). Das Gesetz durchbricht hier selbst zugunsten bestimmter, mit keinen nachhaltigen und/oder schwerwiegenden Folgen verbundener Geschäfte den in den §§ 151, 365 ABGB festgesetzten Grundsatz starrer Altersgrenzen. Die Grenze, ab der ein Geschäft geringfügig und alterstypisch ist, verschiebt sich dabei betraglich und umfänglich tendenziell mit steigendem Alter nach oben. Diese Bestimmung ist somit – da sie auf einem flexibel zu beurteilenden System beruht – als (gesetzliche) Ausnahme

¹²⁹ Vgl dazu auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 54ff.

¹³⁰ § 151 Abs 2 ABGB.

¹³¹ § 152 ABG.

¹³² Vgl zB *Zierl*, Was sind Taschengeldgeschäfte?, ÖZPR 2010/97.

von der Regel der starren, vom Überschreiten bestimmter Altersgrenzen abhängigen Rechtsgeschäfts-Fähigkeit zu betrachten.

Die Anwendung dieser schematischen und – abgesehen von der dynamischen Regelung des § 151 Abs 3 ABGB – starren Einstufungen ist für typische Kaufgeschäfte sinnvoll. Sind jedoch Willenserklärungen von Minderjährigen, die sich auf höchstpersönliche Rechte beziehen, Gegenstand der Analyse, so erweist sich das Abstellen auf die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit als weniger zweckmäßig. Im Zusammenhang mit der Verfügung über höchstpersönliche Rechte steht nämlich das Recht auf Selbstbestimmung und nicht der Austausch von Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt im Vordergrund.

Diese Unterscheidung spiegelt sich seit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001¹³³ auch im ABGB wieder, welches nunmehr nicht nur die starre, an Altersgrenzen orientierte Rechtsgeschäftsfähigkeit, sondern auch die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, welche auf die individuellen Fähigkeiten des Einzelnen abstellt, kennt. Ein Musterbeispiel für eine derartige Regelung ist § 146c ABGB.¹³⁴

Diese Regelung zeigt, dass auch der Gesetzgeber im Zusammenhang mit bestimmten Angelegenheiten zugunsten des Selbstbestimmungsprinzips vom althergebrachten Rechtsgeschäfts-Fähigkeitssystem abgeht.

Die zivilrechtliche Verankerung dieser zusätzlichen Möglichkeit, die Geschäftsfähigkeit einer natürlichen Person zu bestimmen, kann im Bereich des öffentlichen Rechts zu folgender Frage führen: Welche Art der Geschäftsfähigkeitsregeln ist anwendbar, wenn eine Verwaltungsvorschrift auf die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit verweist, die Bestimmung anhand der starren Rechtsgeschäfts-Fähigkeitsregeln (Altersgrenzen) oder die Bestimmung anhand der individuellen Fähigkeiten (Einsichts- und Urteilsfähigkeit)?

Für die Frage der Geschäftsfähigkeit im Datenschutzrecht bedeutet das Nachstehendes:

¹³³ BGBl I 2000/135.

¹³⁴ Eingeführt mit dem KindRÄG 2001, BGBl I 2000/135; vgl dazu im Einzelnen Punkt 7.2.

Wie bereits festgehalten, verweist § 9 AVG zum Zwecke der Bestimmung der persönlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit für den Bereich des öffentlichen Rechts lediglich pauschal auf die Regelungen des bürgerlichen Rechts. Das bedeutet: Sofern sich keine abweichenden, besonderen Bestimmungen in den Verwaltungsvorschriften finden, ist daher grundsätzlich von den Regeln auszugehen, die aus dem bürgerlichen Recht bekannt sind.¹³⁵ Diese in § 9 AVG enthaltene Anordnung ist daher auch für das Datenschutzrecht relevant, welches keine autonome Definition der Geschäftsfähigkeit enthält.

Mangels abweichender, speziell für den Fall der Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht geschaffener Regelungen sind also die Bestimmungen über die Geschäftsunfähigkeit aufgrund des geringen Alters bzw aufgrund des Geisteszustandes anzuwenden.¹³⁶ Wie bereits festgehalten, enthält § 9 AVG keine Festlegung bzw Anordnung (zB durch ausdrücklichen Verweis auf die §§ 151, 865 ABGB), *welche* der beiden möglichen Definitionen der Geschäftsfähigkeit – entweder die in den §§ 151 und 865 ABGB definierte Rechtsgeschäfts-Fähigkeit oder die Einsichts- und Urteilsfähigkeit – zur Anwendung gelangen soll.

Es bleibt daher, die Lösung über den Weg der Interpretation bzw Analogie zu ermitteln.¹³⁷

Die Betrachtung darf sich jedoch nicht in der Begutachtung des äußeren Erscheinungsbildes der zu vergleichenden Rechtsverhältnisse begnügen. Dies wäre zu oberflächlich. Vielmehr ist auf das *jeweilige, sich dem Gesetzgeber stellende Ordnungsproblem*¹³⁸ abzustellen. Steht dieses fest, so kann an den vom Privatrecht vorgegebenen Wertungen eine Orientierung erfolgen.¹³⁹

¹³⁵ VwGH 1.12.1992, 92/08/0181; Müller, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

¹³⁶ Müller, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 54 ff.

¹³⁷ Müller, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72; VwGH 1.12.1992, 92/08/0181; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 97f. Vgl dazu im Einzelnen Punkte 4 bis 7.

¹³⁸ Müller, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

¹³⁹ Müller, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

Im Rahmen der Ermittlung der anzuwendenden Rechtsvorschriften muss darüber hinaus beachtet werden, dass Modifikationen für den Bereich des öffentlichen Rechts erforderlich sein können, da die bürgerlich-rechtlichen Regelungen naturgemäß speziell für privatrechtliche Lebenssachverhalte mit all ihren (privatrechtlichen) Bedürfnissen geschaffen wurden.¹⁴⁰ So kann es etwa notwendig sein, die Abgabe einer Willenserklärung von ihrem rechtsgeschäftlichen (und damit zivilrechtlichen) Hintergrund abzulösen und stattdessen im öffentlich-rechtlichen Kontext zu betrachten.¹⁴¹

Das bedeutet, dass auch der Inhalt der Bestimmung des § 151 Abs 3 ABGB, insbesondere der Begriff der *geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens*, (gegebenenfalls) unter Berücksichtigung der Besonderheiten des DSG als der konkret anzuwendenden Verwaltungsvorschrift ausgelegt werden muss.¹⁴² Bedacht zu nehmen ist in diesem Zusammenhang zum Einen auf die im DSG enthaltenen Wertungen, für welche eine Anwendung der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeitsregelungen zu untersuchen ist, sowie zum Anderen auf das der Rechtsordnung inhärente Schutzprinzip zugunsten der Geschäftsunfähigen.¹⁴³

Andererseits darf die Geschäftsfähigkeit des Einzelnen auch im öffentlichen Recht nicht in überschießendem Ausmaß beschränkt werden. Im Zusammenhang mit dem Datenschutzrecht wurde etwa der Grundsatz geprägt, dass dem Einzelnen jeweils das Recht auf die Ausübung seines *informationellen Selbstbestimmungsrechts*¹⁴⁴ in gebührendem Ausmaß zu ermöglichen ist. Grundgedanke hinter diesem Selbstbestimmungsrecht ist der eines allgemeinen Freiheitsprinzips, wonach jedem Menschen die Autonomie zukommen soll, darüber zu entscheiden, in welchem Ausmaß und auf welche Art und Weise seine eigenen Rechte wahrzunehmen sind.¹⁴⁵

¹⁴⁰ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 427f; *Müller*, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

¹⁴¹ *Müller*, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

¹⁴² *Müller*, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

¹⁴³ *Müller*, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

¹⁴⁴ Vgl zB *Canaris*, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, 205; siehe auch Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I Nr 2011/4.

¹⁴⁵ *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil 1), ÖJZ 2001, 485

Diese einzelnen Anforderungen sind gegeneinander abzuwägen und können mitunter zu einer Gratwanderung zwischen dem bereits oben erwähnten Schutzprinzip und der möglicherweise erforderlich gewordenen Erweiterung der Handlungsfähigkeit zur Ermöglichung der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts führen.¹⁴⁶

1.5.6 Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Für die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit in Angelegenheiten, die eine besonders enge Bindung an die Person des Betroffenen aufweisen, bietet sich das Abstellen auf individuelle geistige Fähigkeiten an. Dies hat der österreichische Gesetzgeber in zutreffender Weise erkannt und im ABGB durch Definition der Einsichts- und Urteilsfähigkeit verankert: Die Einführung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist mE eine der markantesten und wichtigsten Neuerungen, die das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001¹⁴⁷) gebracht hat. Hierdurch sollte der allgemeinen Weiterentwicklung im Hinblick auf das *neue Selbstbewusstsein heranwachsender Menschen*¹⁴⁸ Rechnung getragen werden.¹⁴⁹

In diesem Sinne bestimmt § 146c Abs 1 1. Halbsatz ABGB, dass nur das einsichts- und urteilsfähige Kind selbst die Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung erteilen kann. Für das Vorliegen dieser Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird bei mündigen Minderjährigen eine gesetzliche Vermutung aufgestellt (2. Halbsatz leg cit). Wenn allerdings eine Behandlung mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, ist zusätzlich zur Einwilligung des Minderjährigen auch die Zustimmung derjenigen Person erforderlich, die mit dessen Pflege und Erziehung betraut ist (§ 146c Abs 2 ABGB).

¹⁴⁶ Vgl hierzu unten, Punkte 7ff.

¹⁴⁷ BGBl I 2000/135.

¹⁴⁸ Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil I), ÖJZ 2001, 485.

¹⁴⁹ Siehe dazu Fischer-Czermak, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293.

Weder die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes noch die Zustimmung der mit der Pflege und Erziehung betrauten Person sind jedoch erforderlich, sofern die Behandlung so dringend notwendig ist, dass durch die Einholung der Einwilligung oder Zustimmung eine Verzögerung eintreten würde, welche eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Kindes in besonders schwerem Ausmaß zur Folge hätte.

Diese Kurzdarstellung der gesetzlichen Regelung des § 146c ABGB zeigt, dass die Einsichts- und Urteilsfähigkeit eine ganz bestimmte Dimension der Geschäftsfähigkeit betrifft. Wie bereits aus der Bezeichnung ersichtlich ist, wird hier auf die Fähigkeit des Einzelnen abgestellt, die Bedeutung und die Folgen einer von ihm gesetzten Handlung selbst beurteilen zu können und sich dementsprechend zu verhalten. Dass es sich bei der Einsichts- und Urteilsfähigkeit um einen von der starren Rechtsgeschäfts-Fähigkeit verschiedenen Beurteilungsmaßstab handelt, lässt sich aus anderen Bestimmungen des ABGB erschließen:

So normiert zB § 284a ABGB idF BGBl. I 2006/92, dass die Vertretungsbefugnis eines nächsten Angehörigen nicht eintritt oder endet, soweit ihr die vertretene Person ungeachtet des Verlusts ihrer *Geschäftsfähigkeit* oder *Einsichts- und Urteilsfähigkeit* widersprochen hat oder widerspricht.

§ 284d Abs 2 ABGB sieht vor, dass die Vertretungsbefugnis eines nächsten Angehörigen nicht eintritt oder endet, soweit ihr die vertretene Person ungeachtet des Verlusts ihrer *Geschäftsfähigkeit* oder *Einsichts- und Urteilsfähigkeit* widersprochen hat oder widerspricht.

Die soeben angeführten Paragraphen führen allesamt sowohl die (Rechts-)Geschäftsfähigkeit als auch die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nebeneinander als unterschiedlichen Beurteilungsmaßstab der allgemeinen Geschäftsfähigkeit an. Eben solches gilt für § 284f ABGB für den Bereich der Vorsorgevollmacht. Nichtsdestotrotz bleibt wohl § 146c ABGB eines der prominentesten und bekanntesten Beispiele für die Einsichts- und Urteilsfähigkeit im ABGB.

Aus der Aufnahme der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in die genannten Bestimmungen und der expliziten Gegenüberstellung zur Rechtsgeschäfts-Fähigkeit lässt sich mE der allgemeine Schluss ziehen, die Einsichts- und Urteilsfähigkeit überhaupt als ein eigenständiges Prinzip für die Definition der Geschäftsfähigkeit für den Bereich höchstpersönlicher Rechte einzustufen.¹⁵⁰

Anders als im Anwendungsbereich der Rechtsgeschäfts-Fähigkeit kann und darf die Vereinfachung (oder besser: die Standardisierung) des täglichen Verkehrs der Wahrung und Wahrnehmung höchstpersönlicher Rechte nicht vorgehen (Selbstbestimmung). Dass dennoch ein Bedürfnis des Verkehrs besteht, das Vorliegen oder Nichtvorliegen der für eine Verfügung über höchstpersönliche Rechte erforderlichen Geschäftsfähigkeit an bestimmten, wenngleich nicht unumstößlichen, Grenzen festmachen zu können, steht einem Konzept des prinzipiellen Vorrangs des Selbstbestimmungsprinzips vor dem Prinzip der Standardisierung des täglichen Geschäftslebens nicht entgegen. Insofern fügt sich die in § 146c ABGB enthaltene Vermutung des Vorhandenseins der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen gut in das Gesamtgefüge dieser Bestimmung ein, ohne deren Zweck, die Selbstbestimmung des Einzelnen zu fördern, zu untergraben. Damit kommt das Gesetz dem Bedürfnis der Praxis entgegen, sich für den Bestand oder Nichtbestand eines Rechtsgeschäfts auf gewisse alterstypische Eigenschaften, deren Fehlen nicht offensichtlich ist, verlassen zu können und zu dürfen.

Die starren Altersgrenzen der im ABGB gleichfalls verankerten Rechtsgeschäftsfähigkeit dienen demgegenüber vor allem Verkehrssicherheits- und Vereinfachungsgründen im Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs: Es kann und darf dem Geschäftsverkehr nicht zugemutet werden, in jedem alltäglichen Einzelfall die individuelle Geschäftsfähigkeit des jeweils Gegenüberstehenden ermitteln zu müssen; diese Vorgehensweise würde den Verkehr in einer unzumutbaren Weise beeinträchtigen.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass für gewisse Bereiche, die sich aufgrund besonderer Umstände von den alltäglich abgeschlossenen Geschäften

¹⁵⁰ Vgl auch *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006, 6.

unterscheiden, ein vom Gesetzgeber aufgegriffener Trend feststellbar ist, nicht auf fixe Altersgrenzen sondern auf die individuellen Fähigkeiten des Betroffenen abzustellen. Diese Vorgehensweise kommt insbesondere bei jenen, Anspruch auf Rechtserheblichkeit erhebenden Erklärungen in Betracht, die eng mit der Person des Betroffenen verflochtene Rechte betreffen (sog Persönlichkeitsrechte oder höchstpersönliche Rechte).

Diese enge Personenverbundenheit und die typisch außergewöhnliche Interessenlage sind das maßgebliche Abgrenzungskriterium gegenüber den alltäglich vorgenommenen Rechtsgeschäften. Hier ist es gerechtfertigt, abweichend von den die Rechtsgeschäftsfähigkeit regelnden Bestimmungen auf die individuelle Entwicklungsstufe abzustellen, um dem Einzelnen die (nunmehr auch vielerorts im Gesetz, neuerdings sogar im Verfassungsrang,¹⁵¹ vorgesehene) Ausübung seiner Selbstbestimmungsrechte zu ermöglichen.

1.5.7 Höchstpersönliche Rechte

Eine im Hinblick auf die Gewährung höchstpersönlicher Rechte zentrale Norm der österreichischen Rechtsordnung findet sich in § 16 ABGB.¹⁵² In dieser Bestimmung wird nicht nur die *Persönlichkeit als Grundwert*¹⁵³ anerkannt, sondern auch festgehalten, dass die Würde des Menschen eines besonderen Schutzes bedarf.¹⁵⁴

¹⁵¹ Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl. I Nr. 2011/4.

¹⁵² *Aicher in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 16, Rz 3; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 83ff.

¹⁵³ *Aicher in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 16, Rz 3.

¹⁵⁴ *Aicher in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 16, Rz 3.

Wichtigstes Charakteristikum eines höchstpersönlichen Rechts ist die besonders enge Verbundenheit desselben mit der Person des Rechtsträgers. Essentielle biologische Funktionen und Eigenschaften, wie etwa das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder Gesundheit, fallen daher ebenso in den Schutzbereich wie Freiheit, Ehre oder Privatsphäre als ebenso unverzichtbare geistige Eigenschaften.¹⁵⁵ Der Rechtsfigur des Persönlichkeitsrechts liegt die Vorstellung der Schutzwürdigkeit und Werthaftigkeit der Persönlichkeit des Einzelnen zugrunde.¹⁵⁶ Eine spezifische Prägung und Gestaltung erfahren die einzelnen Persönlichkeitsrechte durch die Gesellschaft und ihre Vorstellungen ebenso wie durch die Rechtsordnung, deren Aufgabe es ist, Schutzzumfang und Grenzen der einzelnen Rechte festzuschreiben.¹⁵⁷

Ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, welches die deutsche Rechtsprechung schon früh dem Bonner Grundgesetz entnommen hat¹⁵⁸, ist dem österreichischen Recht fremd. Vielmehr findet sich in Österreich eine Vielzahl an verschiedenen Einzelrechten, die aufgrund ihrer spezifischen Ausgestaltung eindeutig als höchstpersönliche Rechte oder eben *Persönlichkeitsrechte* qualifiziert werden können und in ihrer Gesamtheit einen umfassenden Schutz gewährleisten (sollen).

Kennzeichnend für ein höchstpersönliches Recht ist also die in seiner Natur wurzelnde Verbindung mit den Gefühlen und/oder der seelischen und körperlichen Befindlichkeit des Betroffenen.¹⁵⁹ Jedes höchstpersönliche Recht steht in einer derart engen Verbindung mit dem Betroffenen, dass es bei dessen Tod mit ihm untergeht.¹⁶⁰

¹⁵⁵ zB (für viele) OGH 25.5.2007, 6 Ob 103/07a (RS0122148); zB (für viele) VwGH 28.6.2011, 2009/11/0082 (Wunschkenneichen); *Grossen*, in *Gutzwiller* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht II (1967) 355; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 83f.

¹⁵⁶ *Grossen*, in *Gutzwiller* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht II (1967) 355.

¹⁵⁷ *Grossen*, in *Gutzwiller* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht II (1967) 355.

¹⁵⁸ Art 1 Abs 1 iVm Art 2 Abs 1 GrundG; vgl BGHZ 13, 334 (Urteil vom 25. Mai 1954) – Veröffentlichung von Briefen: *Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GrundG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GrundG) muss das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil 14. Aufl. § 78 I 2; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 14. Aufl. § 233 2 c; Coing SJZ 1947, 642).*

¹⁵⁹ *Hofmann*, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37 (136).

¹⁶⁰ vgl § 1448 ABGB.

Ein anschauliches Beispiel für ein Recht, das solcherart an der Person des Betroffenen *haftet*, ist das Recht auf Leben sowie körperliche und geistige Integrität. Dieses stellt als essentieller biologischer Körperzustand in eindeutiger Weise den Bezug zur Persönlichkeit des Betroffenen her. Aktuell wird die Frage des Schutzes des höchstpersönlichen Rechts auf körperliche Integrität zB bei der medizinischen Heilbehandlung.

Bei der Verwendung personenbezogener Daten ist demgegenüber das Grundrecht auf Datenschutz betroffen. Auch das Grundrecht auf Datenschutz ist eng mit der Person des Betroffenen verflochten, zeichnet es doch ein Bild desselben unter Verwendung und Kombination von zB Ziffern und Buchstaben. Kaum jemand bedenkt, dass das durch die Verwendung von Zeichen erstellte Bild einen Menschen ebenso individualisieren kann wie eine Fotografie.¹⁶¹

So können Daten (Texte und Bilder) zum Beispiel Aufschluss darüber geben, womit sich der Betreffende den ganzen Tag beschäftigt, woran er glaubt und wie es um seine körperliche Verfassung steht. Die Verwendung von Daten kann somit zu einem Eingriff in die Geheim- oder Privatsphäre eines Menschen führen. Hierdurch zeigt sich besonders deutlich die enge Personenverbundenheit des (Grund-)Rechts auf Datenschutz. Aus diesem Grund handelt es sich auch beim (Grund-)Recht auf Datenschutz um ein angeborenes Recht des Individuums iSd § 16 ABGB, das an der Person haftet¹⁶², maW um ein höchstpersönliches Recht, welches eines besonderen Schutzes bedarf. Das im DSG verankerte (Grund-)Recht auf Datenschutz steht jedermann und unabhängig vom Alter zu.¹⁶³

Neben dem Recht auf Datenschutz, das bereits die unrechtmäßige Aufnahme, sowie jede weitere Verarbeitung verbietet, schützt auch § 78 UrhG (Recht am eigenen Bild) das Bild des Betroffenen. Dass diese Bestimmung ein höchstpersönliches Recht

¹⁶¹ Darüber hinaus gehend ist die Abbildung (Fotografie) eines Menschen ein Sonderfall eines personenbezogenen Datums; siehe hierzu noch unten Punkt 7.5.

¹⁶² *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421; vgl auch § 1448 ABGB.

¹⁶³ Vgl den entsprechenden Hinweis in *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 829.

normiert, ist in der Rechtsprechung bereits anerkannt.¹⁶⁴ Die Verwertung eines Bildes ist aus urheberrechtlicher Sicht nur unter bestimmten Voraussetzungen, welche jedoch nicht Thema dieser Arbeit sind, zulässig.

Das Wahlrecht gemäß Art 26 B-VG ist ein weiteres Beispiel für ein höchstpersönliches Recht aus dem Bereich des öffentlichen Rechts.¹⁶⁵ Es kann gültig nur vom jeweiligen Wahlberechtigten ausgeübt werden; eine Stellvertretung ist ausgeschlossen.¹⁶⁶ Die persönliche Ausübung des Wahlrechts soll dazu dienen, der eigenen politischen Gesinnung bzw den eigenen politischen Anschauungsweisen Ausdruck verschaffen zu können. Auch bei der politischen Gesinnung handelt es sich um einen spezifischen, *höchstpersönlichen* Teil der Persönlichkeit eines Menschen. Während Art 26 B-VG die persönliche Ausübung des Wahlrechts schützt, stellt das DSG die politische Gesinnung an sich als sensibles Datum iSd § 4 Z 2 DSG unter besonders strengen Schutz.

In diesem Zusammenhang erscheint das Grundrecht auf Datenschutz als Ausprägung bzw Ergänzung eines anderen höchstpersönlichen Rechts: Während Art 26 B-VG die Vertraulichkeit des Wahlvorganges bzw der Stimmabgabe sichert, schützt das DSG die auf dem Wahlzettel offenbarte politische Gesinnung. Ähnliches gilt für das Recht auf körperliche Integrität: Dieses schützt die Gesundheit des Menschen; das DSG verbietet die uneingeschränkte Veröffentlichung oder Weiterverarbeitung von Gesundheitsdaten. Geschützt durch das DSG ist daher die Integrität der Privatsphäre und des Privat- bzw. Familienlebens eines Menschen.

Festzuhalten ist daher, dass das Recht auf Datenschutz ebenso ein höchstpersönliches Recht ist, wie zB das Recht auf körperliche Integrität oder das Recht auf Freiheit.¹⁶⁷ Ebenso wie die anderen höchstpersönlichen Rechte kann das Recht auf Datenschutz weder vererbt noch unter Lebenden veräußert werden; es erlischt mit dem Tod des Betroffenen.¹⁶⁸

¹⁶⁴ OGH 7.11.2007, 6 Ob 57/06 k.

¹⁶⁵ Weitere: VwGH 28.6.2011, 2009/11/0082 (Wunschkennzeichen); VwGH 25.8.2010, 2009/03/0150 (Asylgewährung); VwGH 23.9.2009, 2009/01/0038 (Beibehaltung der Staatsbürgerschaft).

¹⁶⁶ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 379.

¹⁶⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 83ff.

¹⁶⁸ *Schönberger / Brandl*, Datenschutzgesetz² (2006) 52.

2 Die Geschäftsfähigkeit im Datenschutzrecht

2.1 Allgemeines

2.1.1 Der europarechtliche Regelungsrahmen – die Datenschutz-Richtlinie

Vor Inkrafttreten der Datenschutzrichtlinie¹⁶⁹ existierten in den einzelnen Mitgliedstaaten der europäischen Union unterschiedlich ausgestaltete Datenschutzvorschriften.¹⁷⁰ Diese wurden zunächst als *Hemmnis für die wirtschaftliche Entwicklung und Integration angesehen*.¹⁷¹

Später erkannte man, dass *die vier Grundfreiheiten des Binnenmarktes nur dann funktionieren können, wenn auch die entsprechenden Daten mitfließen*.¹⁷² Der Datenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist somit wesentliche Voraussetzung und gleichzeitig auch Folge der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes: Ein Datentransfer ist zB dann erforderlich, wenn grenzüberschreitende Geschäfte abgeschlossen werden. So müssen etwa Daten ausgetauscht werden, um Waren liefern oder Dienstleistungen erbringen zu können.

Um den Datentransfer und Datenschutz innerhalb der Union einheitlich und effizient zu gestalten¹⁷³ und nicht der Schaffung von Handelshemmnissen durch unterschiedliche Datenschutzregime Tür und Tor zu öffnen, war eine Vereinheitlichung erforderlich. Die Angleichung der Datenschutzstandards erfolgte schließlich durch die Datenschutz-

¹⁶⁹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 281, 31 vom 23.11.1995, im Folgenden „Datenschutzrichtlinie“ oder „Richtlinie 95/46/EG“.

¹⁷⁰ Erwägungsgrund (7) der Richtlinie 95/46/EG.

¹⁷¹ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (11. Ergänzungslieferung), Erläuterungen, XXV; *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 9 mwN.

¹⁷² Erwägungsgründe (3) ff. der Richtlinie 95/46/EG; *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 9; EuGH, C-101/01 (Rs Lindqvist); *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (11. Ergänzungslieferung), Erläuterungen, XXV.

¹⁷³ Siehe auch *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 9.

Richtlinie.

Einer der bemerkenswertesten Unterschiede zu dem in Umsetzung der Datenschutzrichtlinie erlassenen DSG ist, dass die Richtlinie 95/46/EG nur personenbezogene Daten natürlicher Personen schützt. Demgegenüber umfasst (und schützt) das DSG auch Daten juristischer Personen.

Die Datenschutzrichtlinie definiert den Anwendungsbereich, die wichtigsten Begriffe und die Grundsätze der Verwendung personenbezogener Daten. Sie legt die Rechte der Betroffenen sowie Regeln für die Datensicherheit bzw Kontrolle und die Übermittlung von Daten fest.

An mehreren Stellen wird bereits die Zustimmungserklärung als mögliche rechtliche Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten erwähnt: Erwägungsgrund (30) der Richtlinie 95/46/EG erklärt die Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann für rechtmäßig, wenn sie *auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht oder notwendig ist im Hinblick auf den Abschluss oder die Erfüllung eines für die betroffene Person bindenden Vertrags, zur Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung, zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse, in Ausübung hoheitlicher Gewalt oder wenn sie im Interesse einer anderen Person erforderlich ist, vorausgesetzt, dass die Interessen oder die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen.*

Weiters wird in Erwägungsgrund (33) der Datenschutz-Richtlinie festgehalten, dass *Daten, die aufgrund ihrer Art geeignet sind, die Grundfreiheiten oder die Privatsphäre zu beeinträchtigen, [...] nicht ohne ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person verarbeitet werden dürfen.*

Entsprechend der Definition des Art 2 lit h.) der Richtlinie 95/46/EG ist unter der Einwilligung einer betroffenen Person *jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden, zu*

verstehen.

Die Richtlinie 95/46/EG definiert die Einwilligung als wesentliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten.¹⁷⁴ Mangels anders lautender Festlegungen kann diese Einwilligung nach EG-Recht nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich erteilt werden. Die betroffene Person muss sich ferner im Klaren darüber sein, zu welcher konkreten Datenverarbeitung sie ihre Einwilligung erteilt; eine Pauschaleinwilligung ist nach dem Text der europäischen Datenschutz-Richtlinie nicht möglich.¹⁷⁵

Die Datenschutzrichtlinie enthält jedoch, ebenso wie das österreichische DSG,¹⁷⁶ keine Regelungen hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht.

2.1.2 Das Arbeitspapier 1/2008 und die Stellungnahme 2/2009 der Artikel-29-Datenschutzgruppe

Mit dem Themenbereich *Schutz personenbezogener Daten von Kindern* setzte sich die gemäß Artikel 29 der Richtlinie 95/46/EG gebildete *Gruppe für den Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten* (Artikel-29-Datenschutzgruppe) bereits Anfang des Jahres 2008 auseinander.

Die Ergebnisse ihrer Überlegungen zu diesem Themenbereich fasste die Artikel-29-Datenschutzgruppe in dem am 18. Februar 2008 angenommenen Arbeitspapier 1/2008 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern zusammen.¹⁷⁷ In diesem Positionspapier wird das Ziel, das Grundrecht von Kindern auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten zu stärken, betont.

¹⁷⁴ Graf, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 17.

¹⁷⁵ Graf, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 17.

¹⁷⁶ Vgl unten Punkt 3.

¹⁷⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 2; abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp147_de.pdf.

Darauf folgend wurde auf der Grundlage dieses Arbeitspapiers die Stellungnahme 2/2009 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schulen) angenommen.¹⁷⁸

In beiden Dokumenten werden allgemeine Grundsätze für und im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten von *Kindern* aufgestellt. Für diese Arbeit ist von erheblicher Bedeutung, dass die Artikel-29-Datenschutzgruppe in beiden angeführten Quellen den generellen Standpunkt einnimmt, dass *Kindern* die Fähigkeit zukommen könne, bereits selbst eine rechtsgültige Einwilligung zur Verarbeitung ihrer eigenen Daten abgeben zu können.¹⁷⁹ Konkretere, über diese allgemeinen Ausführungen hinausgehende Erklärungen zu diesem Thema erfolgen freilich nicht, schließlich ist es ausschließlich Aufgabe der Artikel-29-Datenschutzgruppe zu einer einheitlichen Anwendung der Datenschutzvorschriften, nicht jedoch der einzelstaatlichen Geschäftsfähigkeitsregeln beizutragen.

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe betont jedoch wiederholt, dass einem Kind trotzdem und eben weil es sich in einem Entwicklungsprozess befinde, bereits sämtliche Personenrechte zustehen müssen.¹⁸⁰ Zu den Personenrechten zählt auch das Recht auf Datenschutz. Die besondere Schutzbedürftigkeit des Kindes erfordere jedoch, nicht nur die allgemeinen Grundsätze des Datenschutzes zu berücksichtigen, sondern auch andere, spezifisch dem Schutz von Kindern dienende Prinzipien, wie zB das Prinzip des Kindeswohls. Darüber hinaus muss nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe immer der Schutz- und Fürsorgegedanke zum Wohle des Kindes in die datenschutzrechtlichen Erwägungen einbezogen werden.¹⁸¹ Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf das Recht des Kindes auf Privatsphäre.

¹⁷⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009; abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp160_de.pdf.

¹⁷⁹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10. Der in der Stellungnahme bzw im Arbeitspapier verwendete Begriff *Kind* würde in österreichischer Terminologie wohl dem Begriff des *Minderjährigen* entsprechen.

¹⁸⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 3; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 3.

¹⁸¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 4 f; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 4f.

Dass Kinder für die Ausübung ihrer Rechte gegebenenfalls der Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters bedürfen, bedeutet nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe nicht, dass die Stellung des Vertreters absolute oder bedingungslose Priorität gegenüber der Stellung des Kindes genießt.¹⁸² Einer derartigen Interpretation würde auch der Grundsatz des Kindeswohls widersprechen, der Minderjährigen mitunter Datenschutzrechte verleihe, welchen gegenüber den Wünschen der Eltern oder sonstiger Vertreter Vorrang zukommen könne.¹⁸³

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe stellt bereits im Arbeitspapier 1/2008 die These auf und bekräftigt diese in ihrer Stellungnahme 2/2009, dass aus der Notwendigkeit der Vertretung nicht zwingend gefolgert werden könne, dass Minderjährige – sobald sie ein bestimmtes Alter erreichen – in sie betreffenden Angelegenheiten nicht zumindest gehört werden sollten; um ein Mindestmaß an Aufklärung herbeizuführen sei es erforderlich, den Minderjährigen mit den erforderlichen Informationen zu versorgen.¹⁸⁴ Neben der Anhörung als kleinstem gemeinsamen Nenner erfordere die sich in Entwicklung befindliche Persönlichkeit des Kindes darüber hinaus eine individuelle Anpassung der Befugnisse hinsichtlich der Wahrnehmung der eigenen Rechte an den jeweiligen Reifegrad des Kindes.¹⁸⁵

Nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe muss ein Minderjähriger, der zwar für ein vollkommen eigenständiges Handeln noch keine entsprechende geistige Reife aufweist, der allerdings schon eine eigene Meinung zu dem Thema bilden kann, zumindest angehört werden. Eine andere Möglichkeit, einem Minderjährigen Mitspracherechte oder sogar Mitwirkungsrechte einzuräumen, bestünde etwa darin, dass der Minderjährige seine Willenserklärung parallel zum gesetzlichen Vertreter oder sogar (bei Vorliegen der entsprechenden Reife) vollkommen unabhängig von dessen Zustimmung oder sonstiger Mitwirkung abgeben könne.

¹⁸² Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 5; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 5.

¹⁸³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 4; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 5.

¹⁸⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 5; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 5.

¹⁸⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 6; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 6.

Im Einzelfall könne es allerdings auch möglich sein, die Zustimmung des Kindes an die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters *in untergeordneter Form* zu binden.¹⁸⁶ Diese Ancillartätigkeit kann sich einerseits in einer ausdrücklichen Genehmigung der vom Minderjährigen abgegebenen Willenserklärung manifestieren. Andererseits ist es denkbar, dass in bestimmten Fällen auch schon die bloße Nichtuntersagung ausreichen kann: Die Zustimmung eines Minderjährigen kann in einem solchen Fall nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe schon dann Rechtsgültigkeit erlangen, wenn der (gesetzliche) Vertreter keine Einwände erhebt.¹⁸⁷ Sollte der gesetzliche Vertreter jedoch Einwände erheben oder hat er gar keine Erklärung abgegeben und ist eine konkludente Zustimmung nicht zweifelsfrei anzunehmen, so muss nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe die körperliche und geistige Reife eines Kindes bei der Beurteilung der Rechtswirksamkeit einer von diesem abgegebenen Zustimmungserklärung berücksichtigt werden.¹⁸⁸

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe geht sohin davon aus, dass die fortschreitende geistige Reifung den Minderjährigen ab Erreichen eines bestimmten Alters jedenfalls in die Lage versetze, bestimmte, ihn persönlich betreffende Angelegenheiten einer eigenen Beurteilung zu unterziehen und dementsprechend zu handeln.¹⁸⁹

Diese Sichtweise der Artikel-29-Datenschutzgruppe kann insbesondere Bedeutung für die Frage erlangen, welcher Willenserklärung bei widerstreitenden Erklärungen des Kindes und des gesetzlichen Vertreters zu folgen ist: Nach dem Vorgesagten müsste bei ausreichender geistiger Reife der Erklärung des Kindes mehr Beachtlichkeit zukommen als jener des gesetzlichen Vertreters.

¹⁸⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 6; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 6.

¹⁸⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

¹⁸⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 6, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 6, 10.

¹⁸⁹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

Um zu einer endgültigen Entscheidung zu gelangen, ist der Grundsatz des Kindeswohls als Maßstab anzulegen: Zu überprüfen ist, welche Erklärung dem Wohl des Kindes dienlicher ist: jene des Kindes oder jene des gesetzlichen Vertreters. Sind beide Erklärungen dem Kindeswohl in gleicher Weise förderlich, so ist im Zweifel wohl der Selbstbestimmung des Kindes Vorrang einzuräumen. Das Ergebnis dieser Abwägung kann somit der Entscheidung des Kindes sogar Vorrang vor jener des gesetzlichen Vertreters verleihen, wenn diese dem Kindeswohl zumindest in gleicher Weise oder sogar noch mehr als jene des gesetzlichen Vertreters entspricht.

Als Anwendungsfall einer Datenverarbeitung, die im Wesentlichen Minderjährige betrifft, wird von der Artikel-29-Datenschutzgruppe der Problemkreis Schule hervorgehoben. Dieses Thema ist auch in Österreich aktuell, wie sich anhand der darüber geführten Diskussionen über die Notwendigkeit einer Videoüberwachung in Österreichs Schulen zeigt.¹⁹⁰ Die Artikel-29-Datenschutzgruppe setzt sich mit diesem Thema ausführlich auseinander und zeigt wichtige Fragen in diesem Zusammenhang auf, wie zB die Frage der Zulässigkeit der Verwendung biometrischer Daten, die durch Erfassung von Fingerabdrücken, Iris oder Handumrissen ermittelt werden, um den Zugang zu Schulen einer kontrollierenden Beschränkung zu unterziehen.¹⁹¹

Ausdrücklich weist die Artikel-29-Datenschutzgruppe an dieser Stelle darauf hin, dass bei der beabsichtigten Einführung solcher Maßnahmen stets dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Beachtung geschenkt werden muss. Dessen Berücksichtigung könne insbesondere dazu führen, dass die Erfassung und Verarbeitung biometrischer Daten oftmals *in keinem Verhältnis zum eigentlichen Ziel*¹⁹² - nämlich der Zugangskontrolle – mehr stehen, und die Datenverwendung daher unzulässig ist. Die datenschutzrechtliche Zulässigkeitsprüfung soll jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, weshalb ich mich hier auf diesen Hinweis beschränke.

¹⁹⁰ zB Österreich, 10. und 11. April 2008, Printausgabe, jeweils S 19; DSK 20.6.2008, K600.054-001/0002-DVR/2008; DSK 20.6.2008, K600.055-001/0002-DVR/2008.

¹⁹¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 16; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 17.

¹⁹² Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 16; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 17.

Im Rahmen dieser Arbeit wird ausschließlich die Dispositionsmöglichkeit eines Minderjährigen über ihn betreffende personenbezogene Daten behandelt.

2.1.3 Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation

Die Besonderheiten der elektronischen Kommunikation machten eine Anpassung der Datenschutzgrundsätze für den Telekommunikationssektor erforderlich.¹⁹³ Aus diesem Grund wurde speziell für den speziellen Bereich der elektronischen Kommunikation zunächst die Richtlinie 97/66/EG, und später die ihre Vorgängerin ersetzende Richtlinie 2002/58/EG¹⁹⁴, kurz Datenschutzrichtlinie elektronische Kommunikation¹⁹⁵ erlassen.

In Erwägungsgrund (17) der Datenschutzrichtlinie elektronische Kommunikation wird festgehalten, dass der Einwilligung des Nutzers oder des Teilnehmers dieselbe Bedeutung zukommen solle, wie sie in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG definiert wird. In Bezug auf die Zustimmungserklärung schafft die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation also keine neuen, für den Bereich der elektronischen Kommunikation speziellen Begriffsbestimmungen. Vielmehr werden Brücken zu den bereits bestehenden Regelungen geschlagen. Durch diesen expliziten Verweis wird eine einheitliche Terminologie erreicht bzw gewährleistet.

Die Richtlinie 2002/58/EG präzisiert den Begriff der Zustimmungserklärung jedoch gegenüber der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG insoweit, als die Einwilligung in jeder geeigneten Weise erfolgen kann, durch die der *Wunsch des Nutzers in einer spezifischen*

¹⁹³ Richtlinie 2002/58/EG, Erwägungsgrund (4).

¹⁹⁴ Die Datenschutzrichtlinie elektronische Kommunikation wurde zwischenzeitig wiederum partiell abgeändert durch die 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, ABl L 337/11 vom 18.12.2009.

¹⁹⁵ Richtlinie 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, ABl L 201, 37 vom 31.7.2002, im Folgenden Datenschutzrichtlinie elektronische Kommunikation [zuletzt geändert mittels Richtlinie 2009/136/EG].

Angabe zum Ausdruck kommt, die sachkundig und in freier Entscheidung erfolgt; hierzu zählt auch das Markieren eines Feldes auf einer Internet-Website.¹⁹⁶

Abgesehen von der Tatsache, dass klar gestellt wurde, dass eine Zustimmungserklärung auch durch bloßes Anklicken eines interaktiven Feldes auf einer Website gültig abgegeben werden kann, ergeben sich aus der Datenschutzrichtlinie elektronische Kommunikation keine neuen Erkenntnisse für die Frage, ob ein Minderjähriger selbst der Verarbeitung seiner Daten zustimmen kann oder muss. Sohin sind weiterhin das Arbeitspapier 1/2008 sowie die hierauf angenommene Stellungnahme 2/2009 der Artikel-29-Datenschutzgruppe die einzigen Dokumente, die zum Thema Geschäftsfähigkeit Minderjähriger auf europäischer Ebene Stellung beziehen. Diese Dokumente liefern maßgebliche Anhaltspunkte dafür, dass die Entwicklung auch in Zukunft dahin gehen wird, den Minderjährigen mehr Rechte in Bezug auf ihre Person einzuräumen.

Die im Arbeitspapier 1/2008 sowie in der Stellungnahme 2/2009 definierten Standpunkte der Artikel-29-Datenschutzgruppe wurden bislang zwar noch nicht vom europäischen (oder nationalen) Gesetzgeber aufgegriffen. Da der Artikel-29-Datenschutzgruppe als beratendem Organ der europäischen Gesetzgebungsorgane eine nicht unwichtige Aufgabe zukommt, kann und muss mE schon jetzt für die Anwendung der bestehenden Vorschriften der Schluss gezogen werden, dass die Wahrnehmung dieser besonderen Rechte letztendlich nicht an einem System starrer Altersgrenzen scheitern soll. Vielmehr ist die Fähigkeit eines Minderjährigen, eine rechtswirksame Einwilligung zu erteilen, anhand der individuellen geistigen Reife zu beurteilen.

In den nächsten Kapiteln wird daher zu untersuchen sein, ob und inwieweit das österreichische Recht mit diesen Anforderungen kompatibel ist.

¹⁹⁶ Richtlinie 2002/58/EG, Erwägungsgrund (17).

2.2 Innerstaatliche gesetzliche Grundlagen

2.2.1 Einleitung

Das Datenschutzrecht in Österreich blickt auf eine nicht einmal vierzigjährige Geschichte zurück.¹⁹⁷ Dennoch werden in der Literatur bereits vier *Generationen* von Datenschutzvorschriften unterschieden, wonach die Entwicklung ihren Ausgang bei der Erlassung von gesetzlichen Regelungen als bloße Reaktion auf Datenspeicherungsvorhaben genommen hat (*Datenschutz der ersten Generation*).¹⁹⁸

Später wurde mit dem Datenschutz das Ziel verknüpft, Abwehrrechte zu schaffen; diese wiederum wurden zu Gestaltungsrechten ausgebaut (*Datenschutzrechte der zweiten bzw dritten Generation*).¹⁹⁹ Letzteres bedeutet, dass der Betroffene (im datenschutzrechtlichen Sinn) im Rahmen seines ihm zukommenden *informationellen Selbstbestimmungsrechts* autonom Dispositionen über die Verwendung seiner personenbezogenen Daten treffen können soll.²⁰⁰

Mittlerweile wird bereits der Begriff des Datenschutzes der vierten Generation in den Mund genommen. Datenschutzrechte der vierten Generation tragen insbesondere den unterschiedlichen Verhandlungspositionen zwischen Betroffenenem und Auftraggeber Rechnung und geben dem Ersteren zusätzliche Rechte zur Durchsetzung seiner Positionen in die Hand.²⁰¹

¹⁹⁷ Vorgängergesetz war das Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Schutz personenbezogener Daten, BGBl Nr 1978/565.

¹⁹⁸ Mayer-Schönberger / Brandl, *Datenschutzgesetz² (2006)* 12 f; Graf, *Datenschutzrecht im Überblick* (2004) 9.

¹⁹⁹ Mayer-Schönberger / Brandl, *Datenschutzgesetz² (2006)* 12 f.

²⁰⁰ Das Grundrecht auf *informationelle Selbstbestimmung* wurde erstmals im so genannten *Völkzählungsurteil* des deutschen BVfG vom 15.12.1983, BVfGE 65,1, thematisiert. Quintessenz dieser Entscheidung ist, dass jedermann selbst über die Verwendung seiner Daten disponieren können soll.; vgl. auch *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, *DSG² (10. Ergänzungslieferung)* § 1 Anm 2; 2 Mayer-Schönberger / Brandl, *Datenschutzgesetz² (2006)* 13; *Jahnel*, *Datenschutzrecht* (2010) RZ 2/42.

²⁰¹ Vgl Näheres dazu: Mayer-Schönberger / Brandl, *Datenschutzgesetz² (2006)* 13.

Im Folgenden soll das DSG in Grundzügen dargestellt werden. Dieses enthält jedenfalls Elemente der Datenschutzvorschriften dritter Generation, nach Meinung einiger Autoren auch der vierten Generation.²⁰²

2.2.2 Das Datenschutzgesetz – Begriffsbestimmungen

Das Datenschutzgesetzes 2000²⁰³ (DSG) wurde in Umsetzung der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG erlassen.²⁰⁴ Neben dem DSG gibt es noch neun Landes-Datenschutzgesetze.²⁰⁵ Diese lehnen sich inhaltlich zumeist an das DSG an bzw verweisen auf dieses, sodass im Folgenden ausschließlich das DSG behandelt wird.

Der Schutzbereich des DSG umfasst gemäß § 4 Z 3 DSG personenbezogene Daten einer jeden natürlichen und juristischen Person. Unter den Begriff der personenbezogenen Daten fallen gemäß § 4 Z 1 DSG Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Der Begriff der personenbezogenen Daten im Sinne des DSG umfasst somit sämtliche Informationen über eine bestimmte natürliche Person, die sie individualisieren, wie etwa ihr Name, ihre Adresse oder Telefonnummer, ihr Alter, Geschlecht, ihr Beruf, aber auch deren Fingerabdruck oder ihr Bild.²⁰⁶ Daneben schützt das Datenschutzgesetz 2000 aber auch *Werturteile und damit schlechthin personenbezogene Informationen*²⁰⁷.

²⁰² Mayer-Schönberger / Brandl, Datenschutzgesetz² (2006) 22.

²⁰³ Nunmehr in der Fassung BGBl 2009/135.

²⁰⁴ ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 28, 30.

²⁰⁵ Die Landesdatenschutzgesetze sind sachlich auf manuelle Datenverwendungen (das sind nicht automationsunterstützt geführten Dateien) anzuwenden, die in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen (§ 2 DSG).

²⁰⁶ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 4 Anm 2; Jahnel/Siegwart/Fercher, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 26; Graf, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 14 sowie 38.

²⁰⁷ Jahnel/Siegwart/Fercher, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 26; Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 4 Anm 2.

Nur *indirekt personenbezogen* sind Daten für einen Auftraggeber²⁰⁸, Dienstleister²⁰⁹ oder Empfänger einer Übermittlung²¹⁰ dann, wenn der Personenbezug der Daten derart ist, dass dieser Auftraggeber, Dienstleister oder sonstige Übermittlungsempfänger die Identität des Betroffenen mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht (mehr) bestimmen kann. Darüber hinaus gibt es auch noch *anonymisierte* Daten, die mit überhaupt keiner Person mehr verknüpft werden können. Anonymisierte Daten unterliegen mangels jeglicher Möglichkeit, sie einer bestimmten Person zuzuordnen zu können, nicht mehr dem Schutzbereich des DSGVO.²¹¹

Das DSGVO trifft weiters eine Unterscheidung in *sensible* und *nicht sensible* personenbezogene Daten. Unter *sensiblen Daten (besonders schutzwürdigen Daten)* werden gemäß § 4 Z 2 DSGVO diejenigen Informationen über eine natürliche Person verstanden, die Aufschluss geben über ihre rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder ihr Sexualleben. Diese Aufzählung ist das Ergebnis der Umsetzung des mit taxativem Charakter ausgestatteten Art 8 Abs 1 der Richtlinie 95/46/EG. Aufgrund der abschließenden Auflistung sensibler Daten in der Datenschutzrichtlinie erscheint eine interpretative Ausweitung des Begriffs der sensiblen Daten auch im österreichischen Recht nicht angezeigt.²¹²

Die Anwendbarkeit des DSGVO setzt voraus, dass personenbezogene Daten *verwendet* werden. Der Überbegriff der *Verwendung* umfasst einerseits die automationsunterstützte oder in einer manuellen Datei erfolgende Verarbeitung (ie das Ermitteln, Erfassen, Speichern, Aufbewahren, Ordnen, Vergleichen, Verändern, Verknüpfen, Vervielfältigen, Abfragen, Ausgeben, Benützen, Überlassen, Sperren, Löschen, Vernichten oder jede andere Art der Handhabung von Daten einer Datenanwendung durch den Auftraggeber

²⁰⁸ § 4 Z 4 DSGVO.

²⁰⁹ § 4 Z 5 DSGVO.

²¹⁰ § 4 Z 12 DSGVO.

²¹¹ ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 37; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSGVO² (10. Ergänzungslieferung) § 4 Anm 2; *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 38.

²¹² ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 37; vgl jedoch die sog *strafrechtlich relevanten* Daten, welche per se zwar keine sensible Daten sind, für die jedoch zB durch Anordnung der Vorabkontrollpflichtigkeit eine Annäherung an die sensiblen Daten bewirkt wurde.

oder Dienstleister) und andererseits die Übermittlung von Daten. Unter Übermittlung ist die Weitergabe von Daten an einen anderen Empfänger als den Auftraggeber, den Betroffenen oder den für den Auftraggeber tätigen Dienstleister zu verstehen.²¹³

Personenbezogene Daten sind bei Erfüllung sämtlicher im DSG vorgegebener Voraussetzungen umfassend geschützt. Grundvoraussetzung ist, dass die Daten geheim sind.²¹⁴ Das DSG legt im weiteren genaue Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Betrieb einer Datenanwendung fest. Zum Einen muss eine Datenanwendung den Grundsätzen des DSG entsprechen, zum Anderen dürfen keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen verletzt sein. Eine der für die Praxis wichtigsten Möglichkeiten, die ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse ausschließen und damit eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten bieten, ist die Erteilung der Zustimmung des Betroffenen.²¹⁵

Das DSG definiert sohin umfassend die *personenbezogenen Daten* sowie, was unter *Verwendung personenbezogener Daten* zu verstehen ist. Es enthält jedoch – ebenso wie die Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG – keine spezielle Definition der erforderlichen Fähigkeiten des Betroffenen als Zustimmungdem. Im Besonderen sagt es nicht, ob auch Minderjährige die dem Betroffenen zustehenden Rechte ausüben können. Aus der Tatsache, dass das DSG keine Regelungen enthält, die ausdrücklich auf Rechte minderjähriger Personen Bezug nehmen, darf jedoch nicht – *e contrario* – geschlossen werden, dass Minderjährigen kein Recht auf Datenschutz bzw auf Privatsphäre zukommen soll.²¹⁶ Dies deckt sich nicht nur mit dem allgemeinen sondern auch mit dem juristischen Sprachverständnis, wonach der Wortlaut *natürliche Personen* nicht nur volljährige, sondern jedenfalls auch minderjährige Personen umfasst.

²¹³ Vgl. § 4 Z 12 DSG.

²¹⁴ ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 35.

²¹⁵ Siehe unten, Punkt 3.

²¹⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 7; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 7.

2.2.3 Das Grundrecht auf Datenschutz

Das Grundrecht auf Datenschutz ist ein so genanntes *Jedermannsrecht*. Das heißt, es steht nicht nur österreichischen Staatsangehörigen, sondern jedermann, unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit, zu.²¹⁷ Entsprechend der expliziten gesetzlichen Festlegung entfaltet das Grundrecht auf Datenschutz unmittelbare Drittwirkung, das heißt, es gilt nicht nur im Verhältnis Bürger-Staat, sondern gewährleistet insbesondere auch Schutz vor Eingriffen durch Private.²¹⁸

In Österreich besteht die Besonderheit, dass das Grundrecht auf Datenschutz auch juristischen Personen zukommt. Dies ist eine österreichische Besonderheit, da der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr – wie bereits aus dem Titel ersichtlich – ein auf juristische Personen erweiterter Schutzzumfang fremd ist. Das noch in der Datenschutz-Novelle 2008²¹⁹ enthaltene Überlegung, das Grundrecht auf den Schutz personenbezogener Daten auf Daten natürlicher Personen zu beschränken, wurde im Rahmen der letzten umfassenden Novelle 2010²²⁰ nicht weiter verfolgt.

Die im Verfassungsrang stehende Bestimmung des § 1 DSG normiert in ihren Absätzen 1 und 3 insgesamt vier Teilbereiche²²¹ des Grundrechts auf Datenschutz:

Der erste Teilbereich betrifft das Recht einer jeden einzelnen natürlichen und juristischen Person auf *Geheimhaltung* der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Dieses Recht reicht jedoch nur so weit, als ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung besteht. Ein solches schutzwürdiges Interesse ist insbesondere bereits dann auszuschließen, wenn die in Frage stehenden Daten bereits öffentlich zugänglich

²¹⁷ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 1 Anm 4; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 702; *Jahnel/Siegwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 25; *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 35.

²¹⁸ *Mayer-Schönberger / Brandl*, Datenschutzgesetz² (2006) 23.

²¹⁹ ME Datenschutzgesetz-Novelle 2008, 182/ME 23. GP (zu § 1 DSG).

²²⁰ BGBl I 2009/135.

²²¹ *Jahnel/Siegwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 24.

sind, also etwa öffentlich einsehbaren Büchern (Firmen-, Grund- oder Telefonbuch) oder aber auch Medienberichten entnommen werden können.²²²

Daten sind also nur dann *geheim* im Sinne des Datenschutzgesetzes und fallen damit in dessen Schutzbereich, wenn sie bloß zur Kenntnisnahme durch einen eingrenzbaeren Personenkreis bestimmt, also nicht für die Allgemeinheit zugänglich sind.²²³

Als weitere Teilbereiche des Grundrechts auf Datenschutz definiert das DSG darüber hinaus auch die Rechte auf *Auskunft*, auf *Richtigstellung* unrichtiger Daten und auf *Löschung* unzulässigerweise verarbeiteter Daten. Diese Rechte werden jedoch in dieser Arbeit nicht weiter analysiert.

Bereits § 1 Abs 2 DSG enthält mögliche Rechtsgrundlagen für die Verwendung von personenbezogenen Daten. Zulässiger Weise kann die Verwendung von Daten im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner *Zustimmung* erfolgen. Im Bereich der Verwendung nicht-sensibler Daten kann man sich darüber hinaus auf überwiegende berechnigte Interessen eines Dritten stützen. Sofern ein Eingriff durch eine staatliche Behörde erfolgt, muss zudem eine gesetzliche Grundlage vorliegen.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass sich ein Betroffener auf das Grundrecht auf Datenschutz nur in Bezug auf Daten berufen kann, die nicht bereits öffentlich zugänglich sind und an denen darüber hinaus dessen berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht. Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist das Grundrecht auf Datenschutz auch dann nicht *absolut* in dem Sinn, dass eine Beschränkung desselben vollkommen unzulässig wäre.²²⁴

Trotz eines an sich berechtigten Geheimhaltungsinteresses ist etwa ein Eingriff zulässig, wenn die Datenverarbeitung der Verfolgung lebenswichtiger Interessen des Betroffenen

²²² Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 1 Anm 8; Mayer-Schönberger / Brandl, Datenschutzgesetz² (2006) 64; Graf, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 35.

²²³ Vgl hiezu auch Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 829.

²²⁴ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 1 Anm 10 sprechen von einer Grundrechtsbeschränkung; Mayer-Schönberger / Brandl, Datenschutzgesetz² (2006) 64.

dient oder dessen Zustimmung einer solchen zugrunde liegt.²²⁵ Ebenso bietet die Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines Dritten eine Möglichkeit, nicht sensible Daten einer Person zu verwenden.²²⁶

2.2.4 Grundsätze der Verwendung von Daten

Dem DSG liegt ein Verbotsprinzip zugrunde; das bedeutet, dass die Verwendung personenbezogener Daten grundsätzlich unzulässig ist, es sei denn, dass die Verwendung für einen berechtigten Zweck erfolgt und es eine Rechtsgrundlage für die Verwendung gibt (*Zulässigkeitsprüfung*).²²⁷ Im Rahmen dieser Zulässigkeitsprüfung sind die in den §§ 6 bis 9 DSG festgelegten Grundsätze und Kriterien auf ihre Anwendbarkeit bzw Erfüllung zu überprüfen.

§ 6 DSG enthält einen Katalog von Grundsätzen, welche den Rahmen für die ordnungsgemäße Verwendung von Daten abstecken. Unter anderem ist die Einhaltung des Grundsatzes der Verwendung von Daten nach *Treu und Glauben* sowie der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Datenverwendung zu beachten. Nach dem ebenfalls dem § 6 DSG zu entnehmenden Prinzip der strengen Zweckbeschränkung für die Verwendung von Daten dürfen personenbezogene Daten nur für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke ermittelt und nicht in einer mit diesen Zwecken unvereinbaren Weise weiterverwendet werden.

Wesentliche Bedeutung im Zusammenhang mit der Beantwortung der Frage nach der Fähigkeit Minderjähriger, rechtsgültig Erklärungen im Datenschutzrecht abgeben zu können, erlangt der Grundsatz der Datenverarbeitung nach *Treu und Glauben*.

²²⁵ § 1 Abs 2 DSG; *Mayer-Schönberger / Brandl*, Datenschutzgesetz² (2006) 23.

²²⁶ *Mayer-Schönberger / Brandl*, Datenschutzgesetz² (2006) 23.

²²⁷ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 6 Anm 2; *Mayer-Schönberger / Brandl*, Datenschutzgesetz² (2006) 27.

Datenverarbeitung nach Treu und Glauben setzt voraus, dass *die betroffenen Personen in der Lage sind, das Vorhandensein einer Verarbeitung zu erfahren und ordnungsgemäß und umfassend über die Bedingungen der Erhebung informiert zu werden, wenn Daten bei ihnen erhoben werden.*²²⁸

Wenngleich aufgrund der gewählten Formulierung des Erwägungsgrundes (38) davon auszugehen ist, dass diesem primär das Anliegen, eine ausreichende Information der Betroffenen zu gewährleisten, zugrunde liegt, darf dennoch nicht übersehen werden, dass selbst die beste Information wertlos ist, wenn sie der Informationsempfänger nicht versteht. Der Grundsatz der Datenverwendung nach Treu und Glauben setzt somit das Vorliegen eines Mindestmaßes an geistigen Fähigkeiten voraus, andernfalls er wohl jedes Anwendungsbereiches entraubt wäre.

Im Zusammenhang mit Minderjährigen ist einem weiteren Grundsatz große Bedeutung zuzumessen, nämlich jenem der Richtigkeit und Aktualität von Daten: Personenbezogene Daten müssen gemäß § 6 Abs 1 Z 4 DSGVO im Hinblick auf den Verwendungszweck im Ergebnis sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sein. Gerade die Erfüllung dieses letztgenannten Grundsatzes kann im Zusammenhang mit Minderjährigen Probleme in sich bergen: Heranwachsende Jugendliche entwickeln sich rasch, ändern sprunghaft ihre Vorlieben und Neigungen und stellen somit ihr Gegenüber vor die schwierige Aufgabe, die diesbezüglich zunächst rechtmäßig erhobenen Daten entsprechend dem Richtigkeitsgrundsatz richtig und auf dem neuesten Stand zu halten. Von der Pflicht zur ständigen Aktualisierung ausgenommen sind naturgemäß solche Daten, die sich nicht ändern können, wie etwa das Geburtsdatum.²²⁹

²²⁸ Erwägungsgrund (38) der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG.

²²⁹ Siegwart in *Jahnel/Siegwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 220.

3 Das *Zustimmungsproblem*

3.1 *Allgemeines*

Bereits in § 1 DSGVO wird die Zustimmung des Betroffenen als ein *wichtiger Grund für eine zulässige Ausnahme vom Geheimhaltungsschutz*²³⁰ festgelegt. In der Tat ist die Zustimmungserklärung eine der in der Datenschutzrechtspraxis bedeutsamsten Zulässigkeitsgrundlagen für eine Datenverwendung.²³¹ Folgt man den historischen Materialien, war die *Anerkennung der Tatsache, dass in erster Linie der Betroffene selbst über das Schicksal der ihn betreffenden Daten zu entscheiden hat*²³² ein wesentliches Motiv für die Schaffung dieser Rechtsgrundlage. Die Zustimmungserklärung kann insbesondere dann als Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung oder Datenübermittlung herangezogen werden, wenn keine andere Rechtsgrundlage vorliegt.

Eine gültig abgegebene Zustimmungserklärung hat also insbesondere dann Bedeutung, wenn sich der Auftraggeber auf keine gesetzliche Grundlage für die beabsichtigte Datenverarbeitung berufen kann, die Datenverarbeitung nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen notwendig ist oder Zweifel bestehen, ob eine Datenverarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten zulässig ist. In letzterem Fall muss nämlich eine Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen und dem Interesse des Dritten an der Verarbeitung angestellt werden. Eine gültig abgegebene Zustimmungserklärung kann den Auftraggeber in dieser Situation von der schwierigen Aufgabe, eine solche Interessenabwägung vornehmen zu müssen, entlasten und ihm das Risiko, dass er bei Nichtüberwiegen rechtsgrundlos Daten verarbeitet, abnehmen.

Die Zustimmungserklärung kann jederzeit widerrufen werden. Allerdings gilt es zu bedenken, dass man sich als Betroffener, wenn bereits ein anderer Grund vorliegt,

²³⁰ ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP S 35.

²³¹ Reimer in *Jahnel/Siegwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 185.

²³² ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP S 35.

aufgrund dessen eine Datenverarbeitung zulässig ist, auf eine rechtsunwirksame oder widerrufenen Zustimmungserklärung nicht stützen kann.²³³ Wird etwa eine Zustimmungserklärung widerrufen oder stellt sich deren Rechtsunwirksamkeit, zum Beispiel wegen Verlusts der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen, heraus, ist die Verarbeitung jedoch dringend erforderlich, um einen (rechtswirksamen) Vertrag mit dem Betroffenen zu erfüllen oder medizinische Hilfeleistungen erbringen zu können, so bleibt die Verwendung der für diesen Zweck ermittelten und verarbeiteten Daten so lange zulässig bis der Zweck erreicht wurde (und die weitere Datenverarbeitung infolge Zweckerreichung nicht mehr erforderlich ist).

3.2 Voraussetzungen einer rechtswirksamen Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht

Die Zustimmungserklärung ist eine der wichtigsten Zulässigkeitsvoraussetzungen (Rechtsgrundlagen) im Konzept des Datenschutzrechts.²³⁴ Das DSG 1978 kannte noch keine Legaldefinition der *Zustimmung*. Diese wurde erst – nachdem dies ausdrücklich gefordert worden war²³⁵ – in § 4 DSG, in den Kontext allgemeiner Begriffsbestimmungen, aufgenommen. Nunmehr enthält also das Gesetz selbst die Definition, was unter einer datenschutzrechtlichen Zustimmung zu verstehen ist.

Gemäß § 4 Z 14 DSG ist die Zustimmungserklärung die

- *gültige,*
- *insbesondere ohne Zwang abgegebene*
- *Willenserklärung*

²³³ Reimer in *Jahnel/Siegrwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 185. Das bedeutet, dass die reflexionslose Einholung einer Zustimmungserklärung für den Betroffenen mit einer überraschenden Konsequenz verbunden sein kann: Werden Daten zB für die Erfüllung eines Vertrages unbedingt benötigt, ist es überschießend, darüber hinaus die Zustimmung des Betroffenen einzuholen. Dieser kann nämlich hierdurch leicht dem Irrtum unterliegen, dass er durch den Widerruf der Zustimmungserklärung die Unzulässigkeit und damit das Unterbleiben der weiteren Datenverwendung bewirken kann; diese Annahme trifft jedoch nicht zu. Allerdings soll dieser Themenkomplex nicht Inhalt der weiteren Überlegungen sein.

²³⁴ Reimer in *Jahnel/Siegrwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 185.

²³⁵ Reimer in *Jahnel/Siegrwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 183.

- *des Betroffenen, dass er*
- *in Kenntnis der Sachlage*
- *für den konkreten Fall*
- *in die Verwendung seiner Daten einwilligt.*

Schon dem bloßen Wortlaut dieser Definition können wesentliche Elemente für die Rechtswirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung entnommen werden:

Das DSG definiert die Zustimmungserklärung als Willenserklärung und verweist in Einem darauf, dass deren Rechtswirksamkeit die Freiheit von Willensmängeln sowie eine ausreichende Information des Betroffenen voraussetzt.²³⁶ Das bedeutet, dass der Betroffene nicht nur erfahren muss, wer der Auftraggeber bzw der Übermittlungsempfänger ist, sondern auch über den exakten Zweck und den Umfang der Datenverarbeitung in Kenntnis zu setzen ist. Der OGH legt in diesem Zusammenhang strenge Maßstäbe an.²³⁷ Wird beispielsweise nur dem Ermitteln zugestimmt, so erstreckt sich die Zustimmungserklärung nicht automatisch auch auf die Veröffentlichung der betreffenden Daten.²³⁸ Hieraus folgt aber auch, dass die Erteilung einer *Generalzustimmung* für jede erdenkliche Datenverarbeitung unzulässig ist; im Übrigen fände die Abgabe einer Generalzustimmung auch keine Deckung im Gesetzeswortlaut (arg ... *in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall...*), welcher sich hier stark an die Formulierung der europäischen Datenschutzrichtlinie²³⁹ anlehnt.

Der Definition ist weiters zu entnehmen, dass es dem Betroffenen grundsätzlich selbst obliegt, der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zuzustimmen.

²³⁶ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 4 Anm 14 mit Verweisen auf die zivilrechtlichen Begriffsbestimmungen; *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421.

²³⁷ So hat der OGH beispielsweise die Konformität einer Formulierung mit dem Wortlaut, Daten werden für eine *zentrale Evidenzstelle* oder aber auch pauschal *zu Werbezwecken* erhoben, als zu wenig konkret und daher als den Bestimmtheitskriterien nicht entsprechend angesehen (OGH 13.9.2001, 6 Ob 16/01 y); *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 40.

²³⁸ *Reimer in Jahnel/Siegwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 188.

²³⁹ Art 2 lit h RL 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie).

Augenscheinlich ist, dass kein Formgebot für die Abgabe der Willenserklärung aufgestellt wird. § 7 Abs 1 Z 2 DSG 1978 forderte demgegenüber noch eine *ausdrückliche* und *schriftliche* Erklärung, andernfalls keine rechtswirksame Zustimmungserklärung vorlag. Diese Anforderungen wurden im DSG in dieser Form nicht übernommen. Lediglich hinsichtlich der Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Verwendung sensibler personenbezogener Daten sieht auch das DSG vor, dass diese in ausdrücklicher Form, also nicht bloß konkludent, abzugeben ist. Eine schriftliche Erklärung wie noch im DSG 1978 wird allerdings nicht mehr gefordert; die Zustimmung kann daher auch mündlich erfolgen. Insbesondere zu Beweis Zwecken und vor allem im Geschäftsverkehr mit Minderjährigen wird es jedoch nach wie vor ratsam sein, Zustimmungserklärungen schriftlich einzuholen.²⁴⁰

Trotz der auf den ersten Blick ziemlich detailliert scheinenden gesetzlichen Definition der Zustimmungserklärung bleibt offen, welche Anforderungen der Betroffene hinsichtlich seiner Person selbst erfüllen muss, um eine rechtsgültige Zustimmung zur Datenverwendung abgeben zu können. Das DSG stellt zwar detaillierte Anforderungen an die Qualität der Willenserklärung, jedoch fehlen der gesetzlichen Definition Kriterien, anhand derer die Geschäftsfähigkeit der diese Willenserklärung abgebenden natürlichen Person zu beurteilen sind. Konkret bedeutet das, dass aufgrund der Legaldefinition des § 4 Z 14 DSG nicht beurteilt werden kann, was für die Abgabe einer Zustimmungserklärung durch einen Minderjährigen zu gelten hat beziehungsweise ob ein Minderjähriger selbst überhaupt eine derartige Willenserklärung in rechtsgültiger Form abgeben kann.

Insbesondere rückt die Frage in den Brennpunkt des Interesses, ob für die Gültigkeit der Abgabe der Willenserklärung eines Minderjährigen auf dessen *Rechtsgeschäftsfähigkeit* oder auf dessen *Einsichts- und Urteilsfähigkeit*, die nunmehr gleichfalls im ABGB ihren Platz gefunden hat, abzustellen ist.²⁴¹

²⁴⁰ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 4 Anm 14; *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 40.

²⁴¹ Siehe oben Punkt 1.5.6.

Im Zusammenhang mit der von den österreichischen Gesetzen vielerorts angeordneten Vertretung Minderjähriger, zB durch die Eltern bei der Vornahme bestimmter Rechtshandlungen, drängt sich außerdem die Frage auf, ob sich Minderjährige bei der Abgabe einer Zustimmungserklärung von ihren gesetzlichen Vertretern vertreten lassen können oder müssen.²⁴²

Zu bedenken ist schließlich, dass gerade die Personengruppe der Minderjährigen vor allem aufgrund ihrer geschäftlichen Unerfahrenheit und ihrer damit verbundenen Gefährdung, von den sich ihnen bietenden Gelegenheiten der Disposition über ihre Daten voreilig Gebrauch zu machen, eines besonderen Schutzes bedarf. Dieses Bedürfnis wird insbesondere im Zusammenhang mit dem Gebrauch des Internet virulent, welches – nicht nur Minderjährige – dazu verleitet, einfach per Mausklick über das *World Wide Web* Erklärungen abzugeben, und dadurch (möglicherweise) unüberlegte bzw übereilte Handlungen zu setzen.

Die österreichische Rechtsprechung hat sich mit all diesen Fragen – soweit ersichtlich – noch nicht auseinander gesetzt.²⁴³ Hilfreich kann in einem solchen Fall jedoch ein Blick über die Grenze nach Deutschland sein:

3.2.1 OLG Frankfurt – Skoda-Autokids-Club

Das OLG Frankfurt hatte sich in seiner Entscheidung *Skoda-Autokids-Club*²⁴⁴ mit folgendem Sachverhalt zu beschäftigen: Auf der Internet-Seite der deutschen Importeurin für Fahrzeuge der Marke Skoda konnten Minderjährige im Alter von 3 bis 12 Jahren dem Skoda Kinderclub *Autokids* beitreten.

²⁴² Vgl hierzu zB Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 5; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 5.

²⁴³ So zB im Zusammenhang mit Zustimmungserklärungen, die in AGB enthalten sind: OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (10. Ergänzungslieferung) § 4 Entscheidungen E 1-E 4.

²⁴⁴ OLG Frankfurt 6 U 168/04, 30.6.2005 (Skoda-Autokids-Club).

Die Mitgliedschaft war zwar mit keinerlei Kosten verbunden, und es wurde eine Vielzahl von Aktivitäten bis hin zu Vergünstigungen in ausgewählten Freizeitparks angeboten, jedoch kam es im Zuge der Anmeldung beziehungsweise des Beitritts zu diesem Club zu einer Abfrage bestimmter personenbezogener Daten.

Im elektronischen Anmeldeformular wurden die Minderjährigen nach ihrem eigenen Namen, ihrer Adresse, ihrem Geschlecht und Geburtsdatum, der E-Mail-Adresse, etwaigen Hobbies und nach dem Namen ihrer Eltern gefragt. Ferner wurde erhoben, welches Auto den Minderjährigen am besten gefalle und in welchem Freizeitpark sie in letzter Zeit gewesen seien. An keiner Stelle wurde die Zustimmung der Eltern im Sinne einer Mitwirkung zur oder Genehmigung der Begründung des Mitgliedschaftsverhältnisses angefordert.

Inhaltlich behandelt die Entscheidung des OLG Frankfurt zwar im Wesentlichen wettbewerbsrechtliche Aspekte, allerdings werden daneben auch Aussagen getroffen, die Relevanz für die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung erlangen können. Tenor der Entscheidung des OLG Frankfurt ist die Unlauterkeit der Datenerhebung, die aus deren Eignung resultiert, die geschäftliche Unerfahrenheit von Kindern auszunutzen.²⁴⁵ In diesem Zusammenhang hebt das OLG Frankfurt hervor, dass *für Kinder und insbesondere für Kinder im Vorschul- und Grundschulalter die mit der Preisgabe persönlicher Daten verbundenen Nachteile und der Zusammenhang zwischen Datenerhebung und Werbestrategien kaum erkennbar sind.*²⁴⁶

Der für die Zustimmung im Datenschutzrecht interessante Aspekt liegt in der vom OLG Frankfurt in dieser Entscheidung getroffenen Aussage, dass sich die Minderjährigen, an die diese Werbemaßnahme adressiert war, *in einer Lebensphase [befinden], in der sie einerseits geschäftlich noch fast völlig unerfahren sind und andererseits schon ihre ersten eigenen Erkundungen im Internet unternehmen.*²⁴⁷ Das Gericht erkennt die Gefahr der allzu leichtfertigen Erteilung der Zustimmung zur Verwendung personenbezogener Daten im Internet, welche auf die geschäftliche Unerfahrenheit der

²⁴⁵ OLG Frankfurt 6 U 168/04, 30.6.2005 (Skoda-Autokids-Club).

²⁴⁶ OLG Frankfurt 6 U 168/04, 30.6.2005 (Skoda-Autokids-Club).

²⁴⁷ OLG Frankfurt 6 U 168/04, 30.6.2005 (Skoda-Autokids-Club).

Minderjährigen zurückgeführt werden kann. Das OLG Frankfurt schließt aus dieser Erkenntnis, dass Minderjährige unter bestimmten Umständen aufgrund ihrer erst im Entstehen begriffenen geschäftlichen Erfahrung die Vorteile gegen die Nachteile der von ihnen getroffenen Disposition nicht in ausreichend vernünftiger Weise gegeneinander abzuwägen vermögen.

Für die Frage, welche Fähigkeiten für die wirksame Erteilung einer Zustimmungserklärung erforderlich sind, trifft das OLG Frankfurt in der Skoda-Autokids-Club-Entscheidung eine wichtige Aussage: Es spricht davon, dass der Betroffene über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügen muss, um sein informationelles Selbstbestimmungsrecht ausüben zu können, wobei in einem solchen Fall eine Interessenabwägung zwischen den Datenschutzinteressen des Minderjährigen und dem Vertragszweck stattzufinden habe.²⁴⁸

In Österreich ist – soweit ersichtlich – noch keine vergleichbare Rechtsprechung vorhanden. Die deutsche Entscheidung erwähnt ausdrücklich die Einsichtsfähigkeit als Erfordernis für die Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts. An keiner Stelle der Entscheidung wird auf bestimmte Altersgrenzen abgestellt. Bemerkenswert ist jedoch, dass das OLG Frankfurt selbst Kinder im Vorschul- und Grundschulalter, nach österreichischer Terminologie *unmündige Minderjährige*, in seine Überlegungen einbezieht und deren Einsichtsfähigkeit für den konkreten Fall beurteilt. Das deutsche Gericht geht im Ergebnis davon aus, dass das Vorliegen der erforderlichen Einsichtsfähigkeit unmündiger Minderjährigen im konkreten Fall (Beitritt zum Skoda-Autokids-Club sowie Bekanntgabe bestimmter personenbezogener Daten) wohl eher zu verneinen ist.

Das Abstellen auf die Einsichtsfähigkeit von *Kindern im Vorschul- und Grundschulalter* ist bemerkenswert, zumal auch nach deutschem Recht Minderjährige, welche das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, generell geschäftsunfähig sind.²⁴⁹

²⁴⁸ OLG Frankfurt 6 U 168/04, 30.6.2005 (Skoda-Autokids-Club).

²⁴⁹ Vgl § 104 dBGB: Geschäftsunfähig ist (1.) wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, (2.) wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

Da das österreichische DSG keine Antwort auf die Frage, ob hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder auf die allgemeine Rechtsgeschäfts-Fähigkeit abzustellen ist, parat hält und sich auch die österreichische Rechtsprechung zu diesem Thema noch nicht geäußert hat, ist diese Entscheidung des OLG Frankfurt auch für Österreich nicht uninteressant.

Aus diesem Grund wird es das Ziel dieser Arbeit sein, festzustellen, ob sich eine dogmatische Grundlage für das Abstellen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit für die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung im österreichischen Recht findet.

4 Liegt eine echte Regelungslücke vor?

Ausgehend von dieser letzten Feststellung, nämlich dass das DSG für die Frage nach der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger keine Definitionen bereit hält, liegt der Gedanke nahe, von einer Lückenhaftigkeit des Gesetzes auszugehen und die Lücken im Wege von Analogien zu füllen.

Voraussetzung für die Anwendung der Lückenfüllungsregeln ist allerdings das Vorliegen einer so genannten *echten* Lücke. Von einer solchen kann nur dann ausgegangen werden, wenn eine gesetzliche Bestimmung unter Zugrundelegung ihres Regelungszweckes lückenhaft bleibt, das heißt, dass ein gewisser Sachverhalt nicht unter einen bereits geregelten Tatbestand subsumiert werden kann.²⁵⁰

Im Bereich des Datenschutzrechtes ist zwar allgemein geregelt, welche objektiven Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine gültige Zustimmungserklärung zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten eines Einzelnen vorliegt. Allerdings finden sich keine Instruktionen, wie in dem Fall vorzugehen ist, in dem ein fünf-, zehn- oder

²⁵⁰ Siehe oben, Punkt 1.5.3.

fünfzehnjähriges Kind eine derartige Zustimmungserklärung erteilt bzw erteilen will. Die Frage, die sich daraus ergibt, ist, ob diese Unsicherheit allein ausreicht, um von einer *Lücke* sprechen zu können.

Nach der Rechtsprechung des VwGH²⁵¹ liegt eine Lücke dann vor, wenn sich eine Unvollständigkeit des Gesetzes, gemessen an der mit seiner Erlassung verfolgten Absicht und seiner immanenten Teleologie zeigt. Das Gesetz muss ergänzungsbedürftig sein, wobei die Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht.²⁵² In diesem Sinne gilt es nun abzuklären, ob das DSG im Hinblick auf die Frage, ob Minderjährige selbst ihre Zustimmung zur Verarbeitung personenbezogener Daten erteilen können, *lückenhaft* ist.

Vorausgeschickt wird, dass aufgrund der Bestimmung des § 9 AVG jedenfalls die bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeitsregeln auch im Bereich des DSG anzuwenden sind.²⁵³ Dieser Verweis lässt jedoch offen, ob unter den verwiesenen Geschäftsfähigkeitsregeln das althergebrachte Altersstufensystem (Rechtsgeschäftsfähigkeit) oder das System der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu verstehen ist. Es ist daher zu ermitteln, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen entweder die *traditionelle* (althergebrachte) Rechtsgeschäftsfähigkeit oder die mit dem KindRÄG 2001²⁵⁴ eingeführte Einsichts- und Urteilsfähigkeit zur Anwendung gelangt, oder – mit anderen Worten – unter welchen Voraussetzungen also ein Minderjähriger eine Zustimmungserklärung im Sinn des DSG rechtsgültig abgeben kann.

Es scheint, zumindest gemessen am Regelungszweck der Bestimmungen des DSG, fragwürdig, dass – dem auf die Vollendung von Lebensjahren abstellenden Rechtsgeschäftsfähigkeits-System folgend – generell zB alle Menschen, die jünger als 18 (oder 14) Jahre sind, von einer derartigen Dispositionsmöglichkeit ausgeschlossen

²⁵¹ Vgl insb. VwGH, 19.12.2007, 2006/08/0319.

²⁵² VwGH, 19.12.2007, 2006/08/0319.

²⁵³ In diesem Zusammenhang ist zu vernachlässigen, dass das AVG an sich auf das Verwaltungsverfahren, dh auf den Kontakt zwischen Bürger und Verwaltungsbehörde, ausgerichtet ist. Der Verweis auf die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit ist nämlich vor allem auch deswegen angebracht, weil die wohl überwiegende Mehrheit der Zustimmungserklärungen gegenüber privaten Erklärungsempfängern abgegeben wird.

²⁵⁴ BGBl I 2000/135.

bleiben sollen. Allerdings findet sich im DSG aber auch kein Hinweis darauf, ob bzw unter welchen Voraussetzungen ein mündiger Minderjähriger eine derartige Willenserklärung alleine oder ggf unter Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters abgeben könnte.

In der Lehre wird richtigerweise die Ansicht vertreten, dass es im öffentlichen Recht keinen vom allgemeinen Zivilrecht abweichenden Begriff der Rechtsfähigkeit gäbe; in diesem Zusammenhang wird pauschal auf § 9 AVG verwiesen.²⁵⁵ Wie bereits vorausgeschickt, kann die Handlungsfähigkeit allerdings spätestens seit dem KindRÄG 2001 auf zwei Arten bestimmt werden, während § 9 AVG nach wie vor lediglich pauschal auf *die* Rechts- und Geschäftsfähigkeit verweist, ohne weitere Konkretisierungen zu treffen.

Die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung unterscheidet sich maßgeblich vom Abschluss eines typischen Rechtsgeschäfts (zB eines Kaufvertrages): Es handelt sich nämlich bei dem Grundrecht auf Datenschutz um ein höchstpersönliches Recht. Schon aus diesem Grund ist mE eine differenzierende Betrachtungsweise geboten. Für die Ausübung des Zustimmungsrechts bildet die althergebrachte Rechtsgeschäfts-Fähigkeit einen zu unflexiblen Beurteilungsmaßstab, welcher der speziellen Natur eines derartigen Persönlichkeitsrechts nicht ausreichend Rechnung trägt. Die Annahme, dass eine flexible Regelung zur Bestimmung der Geschäftsfähigkeit herangezogen werden muss, findet ihre Bestätigung auch in den historischen Materialien zum DSG, wonach dem Gesetz die Intention zugrunde liegt, dem Betroffenen ein größtmögliches Maß an Selbstbestimmung einzuräumen.²⁵⁶

In der Praxis zeigt sich die Besonderheit des Rechts auf Selbstbestimmung iZm personenbezogenen Daten darin, dass zwei aufgrund äußerlicher Merkmale vergleichbare Menschen durch ein- und dieselbe Handlung in unterschiedlichem Ausmaß in ihren höchstpersönlichen Rechten berührt oder verletzt werden können. Diese Personen werden auf verschiedene Art und Weise Reaktionen auf diese Eingriffe

²⁵⁵ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) 429; Vgl zB *Müller*, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

²⁵⁶ ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 35.

setzen. Was der eine als Verletzung seiner Privatsphäre empfindet (und daher eine Zustimmung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten verweigert), muss den anderen noch längst nicht beeinträchtigen oder stören (weshalb dieser seine Zustimmung erteilt). Darüber hinaus kann der Fall eintreten, dass einer der beiden den erfolgten oder anstehenden Eingriff möglicherweise aufgrund mangelnder intellektuellen Fähigkeiten nicht einmal als einen solchen begreifen kann.

All diese Faktoren erfordern eine besondere, die Persönlichkeitsstruktur des Einzelnen berücksichtigende Interpretation.

Das Abstellen auf die althergebrachte Rechtsgeschäfts-Fähigkeit kann im Vergleich zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu weit reichenden Einschränkungen des informationellen Selbstbestimmungsrechts führen: Den obzitierten Bestimmungen zufolge hat jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, *soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht*. Dieses Interesse soll der Betroffene nach dem Willen des Gesetzgebers durch eine freiwillig abgegebene Willenserklärung ausschließen können. Geht man jedoch pauschal von mit dem Erreichen bestimmter, starr vorgegebener Altersgrenzen zusammenhängenden Befugnissen aus, so würde dies zu dem Ergebnis führen, dass unmündige und/oder mündige Minderjährige alleine nicht oder nur sehr eingeschränkt der Verwendung ihrer Daten zustimmen könnten.²⁵⁷ Es müssten dann stets andere Gründe vorliegen, die eine Datenverarbeitung im Sinne des DSG rechtfertigen. Im Hinblick auf das Motiv des Gesetzgebers, die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen zu fördern, ist dies ein unbefriedigendes Ergebnis.

In der Praxis kann durchaus das Bedürfnis auftreten, dass ein minderjähriger Betroffener selbst mittels Erteilung seiner Zustimmung zur Verwendung von an sich geheimen personenbezogenen Daten ein solches *schutzwürdiges Interesse* ausschließt. Wenn ein Minderjähriger gerechtfertigte Ziele mit seiner Rechtshandlung verfolgt und er über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, was, wie unten noch zu zeigen sein wird, bei mündigen Minderjährigen sogar vermutet werden kann, ist es nicht

²⁵⁷ So zB *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (11. Ergänzungslieferung 2010) § 4 Anm 14.

einzusehen, warum sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch unreflektierte Anwendung der Kriterien der Rechtsgeschäfts-Fähigkeit mit ihrem starren Altersstufen-Systems über Gebühr beschränkt werden soll. Ein flexibleres System bietet demgegenüber die Anwendung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit.

Die in den unmittelbar vorangestellten Absätzen angestellten Überlegungen sollen lediglich dazu dienen, das Problembewusstsein hinsichtlich eines Pauschalverweises auf das bürgerliche Recht zu wecken; noch fehlen die dogmatischen Grundlagen, die für oder gegen die Anwendung eines der beiden Geschäftsfähigkeitsmodelle sprechen. Fest steht jedoch, dass der Hinweis in § 9 AVG, dass auch im öffentlichen Recht mangels einer Sonderbestimmung die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze über die Rechts- und Geschäftsfähigkeit zur Anwendung gelangen, lediglich als Ausgangspunkt dafür dienen kann, eine zweckentsprechende Lösung zu suchen. Diese wird sich – gemessen an den Anforderungen des zu prüfenden Sachverhaltes – entweder an den bürgerlich-rechtlichen Regelungen über die althergebrachte Rechtsgeschäfts-Fähigkeit, oder an jenen über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit orientieren.

Nach einer ersten Analyse der maßgeblichen Vorschriften im DSG steht fest, dass im Hinblick auf die Zustimmungserklärung als höchstpersönliches Recht eine unklare Regelungssituation vorliegt. Es muss sohin geklärt werden, welche Art der im ABGB vorgesehenen Definitionen der Geschäftsfähigkeit für den Bereich des Datenschutzrechts anwendbar ist. Diese Frage wird Gegenstand einer eingehenden Analyse unter Anwendung sämtlicher Auslegungsmethoden sein. Erst dann, wenn alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden zu keinem verwertbaren Ergebnis führen, muss die Schließung der *Lücke* durch Anwendung der allgemeinen Lückenfüllungsregeln betrieben werden. Ziel der Auslegung ist es, zunächst den Sinn des Gesetzes, wie ihn ein *sorgfältiger Normadressat*, ein ordentlicher Durchschnittsmensch, heute dem Gesetzestext entnehmen muss.²⁵⁸

²⁵⁸ Bydlinski in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 15.

4.1 Die Wortinterpretation

Unter den verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten ist keine explizite Rangordnung vorgesehen; dennoch ist es oft die einfachste und effizienteste Methode, sich zuallererst mit dem Wortsinn der zu interpretierenden Gesetzesbestimmung auseinander zu setzen.²⁵⁹ Für die Zustimmungserklärung führt dies zu folgendem Ergebnis:

§ 4 Z 14 DSGVO definiert die datenschutzrechtlich relevante Zustimmung als die *gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt*. Hier wird zwar eine weitgehende Definition der Willenserklärung selbst geboten, allerdings finden sich keine Hinweise darauf, welche Anforderungen an den *Betroffenen*, insbesondere an dessen geistige Reife, zu stellen sind.

Nach dem natürlichen Wortverständnis und dem allgemeinen Sprachgebrauch umfasst der Begriff des Betroffenen jedenfalls natürliche Personen, also Menschen. Nach dem äußerst möglichen Wortsinn können jedoch auch juristische Personen oder Personengemeinschaften unter diesen Begriff fallen.²⁶⁰ Diese Auslegung wird durch die Definition des § 4 Z 3 DSGVO bestätigt.

Das Wort *Mensch* stellt sich selbst wiederum als auslegungsbedürftiger Begriff dar. Der Begriff *Mensch* dient zunächst zur Abgrenzung von anderen Lebensformen, wie Tieren und Pflanzen. Des Weiteren bezeichnet dieses Wort jedenfalls eine natürliche Person ab der Geburt. Darüber hinaus umfasst das Wort *Mensch* auch das noch ungeborene Kind im Mutterleib (*nasciturus*).²⁶¹ Der Begriff Mensch ist außerdem neutral, was Herkunft und gesellschaftliche Stellung anbelangt: Er erfasst sämtliche natürlichen Personen.

²⁵⁹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) 194f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 22f.

²⁶⁰ Im Übrigen muss jede juristische Person durch eine natürliche Person vertreten werden. In jeden Fall muss man sich sohin mit der Frage auseinander setzen, welche Anforderungen an den für sich selbst oder für eine juristische Person handelnden Menschen zu stellen sind.

²⁶¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 51.

All diese Überlegungen machen eines deutlich: Eine klare Aussage über die Frage, wann die Rechts- und Geschäftsfähigkeit eines Menschen einsetzt, lässt sich selbst unter Ausschöpfung des äußerst möglichen Wortsinns nicht treffen.

Alleine die wörtliche Interpretation der Begriffe *Betroffener* bzw *Mensch* bietet also keinerlei Anhaltspunkte dafür, wann der Betroffene eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung selbst abgeben kann. Letztlich lässt sich daher aus der wörtlichen Interpretation des Begriffes des *Betroffenen* für die konkrete Frage nach den für die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung erforderlichen Eigenschaften eines Menschen nicht viel gewinnen: Das DSG selbst nimmt keine weiteren Einschränkungen vor, indem es etwa dem Nomen *Betroffener* das Adjektiv *volljähriger* voranstellt oder eine Klarstellung trifft, dass zB mündige Minderjährige *auch* oder *nicht* über die für die Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung erforderliche geistige Reife verfügen.

An dieser Stelle muss somit festhalten werden, dass man alleine mit dem Abstellen auf den Wortsinn keine abschließende Antwort auf die Frage, welche Voraussetzungen der Betroffene erfüllen muss, um eine gültige Willenserklärung iSd § 4 Z 14 DSG abgeben zu können, erhält. Wegen dieser Unzulänglichkeiten und der Fragen, welche die Resultate der Wortinterpretation offen lassen, sind weitere Interpretationsmethoden heranzuziehen, um der Gesetzesstelle ihre tatsächlich innewohnende Bedeutung zu entlocken.²⁶²

4.2 Die systematisch-logische Interpretation

Zur Verfügung steht in einem nächsten Schritt die systematisch-logische Interpretation, wonach die auszulegenden Worte in ihrer Beziehung unter- und zueinander beleuchtet werden. Dabei ist der konkrete Rechtssatz auf seine Stellung im betreffenden Gesetz beziehungsweise auf seine Positionierung in der gesamten Rechtsordnung hin zu

²⁶² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 22f.

untersuchen, wobei davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die *Regeln der Logik und die allgemeine Erfahrung über das menschliche Verhalten bei der Erlassung von Anordnungen berücksichtigt hat*.²⁶³

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf das DSG, zeigt sich, dass dieses Gesetz zwar in seinem § 4 eine Interpretationshilfe für die Frage, was ein Betroffener im Sinne des § 4 Z 14 DSG ist, bietet. § 4 Z 3 leg cit stellt klar, dass es sich bei einem Betroffenen um jede vom Auftraggeber (§ 4 Z 4 DSG) verschiedene natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft, deren Daten verwendet werden, handelt. Wie bereits unter Punkt 4.1 festgehalten wurde, bleibt allerdings selbst unter Heranziehung sämtlicher im DSG enthaltener Begriffsbestimmungen ungeklärt, ab welchem Alter ein Betroffener die Voraussetzungen erfüllt, eine gültige Willenserklärung im Sinne des § 4 Z 14 DSG abgeben zu können.

Auch die systematisch-logische Interpretation der Begriffe innerhalb des DSG vermag die Resultate der Wortinterpretation somit nicht genauer einzugrenzen. Das bedeutet, dass es alleine unter Heranziehung der im DSG enthaltenen Begriffsbestimmungen nicht gelingt, die Anforderungen zu ermitteln, welche ein Betroffener erfüllen muss, um eine rechtswirksame datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung abgeben zu können. Insbesondere kann auch aus der systematischen Verwendung des Begriffs des Betroffenen im DSG nicht erschlossen werden, ob auch ein Minderjähriger ein geschäftsfähiger Betroffener im Sinne des DSG sein kann. Im Rahmen der systematisch-logischen Interpretation ist es allerdings nicht nur möglich, auf das Gesetz, in dem sich das zu interpretierende Wort oder die zu interpretierende Textpassage findet, zurück zu greifen. Darüber hinaus kann die Systematik anderer Gesetze herangezogen werden.

Für die Frage nach den für die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung erforderlichen geistigen Fähigkeiten des Betroffenen bedeutet dies, dass auch andere Vorschriften, in denen die Geschäftsfähigkeit geregelt ist, analysiert werden müssen. Sollte sich hieraus ein für den Bereich des öffentlichen

²⁶³ Bydlinski in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 18.

Rechts allgemein gültiges Prinzip der Geschäftsfähigkeit ableiten lassen, so ist die Frage als geklärt zu betrachten.

Aus diesem Grund wird im Folgenden der Begriff des Betroffenen in anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen analysiert, um herauszufinden, ob das öffentliche Recht eine eigenständige, dh systematische, Definition der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger bietet. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wurden großteils Regelungen ausgewählt, welche einen besonderen Personenbezug aufweisen und daher mit dem höchstpersönlichen Recht auf Datenschutz vergleichbar sind.²⁶⁴

4.2.1 Die Stellung eines Asylantrages durch einen Minderjährigen

4.2.1.1 Gesetzliche Grundlagen

§ 16 AsylG 2005²⁶⁵ enthält im Gegensatz zum Datenschutzgesetz eine explizite Regelung der Handlungsfähigkeit. Für den Bereich des Asylrechts gelangen gemäß § 9 AVG somit primär die in § 16 AsylG enthaltenen Bestimmungen zur Anwendung.

Als Besonderheit im Zusammenhang mit Asylfragen ist Nachstehendes vorab hervor zu heben: Grundsätzlich sind bei Sachverhalten mit Auslandsberührung die Regelungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) heranzuziehen.²⁶⁶ Nach § 12 IPRG bestimmt sich die Rechts- und Handlungsfähigkeit stets nach dem Personalstatut der betroffenen Person. Das Personalstatut wiederum richtet sich gemäß § 9 IPRG in der Regel nach dem Recht desjenigen Staates, dem die Person angehört (Herkunftsstaat).

²⁶⁴ Die feine Unterscheidung zwischen Handlungs-(Geschäfts-)fähigkeit und Prozessfähigkeit wurde bewusst vernachlässigt. Vgl hierzu zB *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 88ff; *Zierl*, *Die Prozeßfähigkeit in Verwaltungsverfahren, die straßenverkehrsrechtliche Angelegenheiten betreffen*, ZVR 1981, 33.

²⁶⁵ BGBl. I 2005/100 zuletzt geändert durch BGBl. I 2009/122.

²⁶⁶ UBAS, 21.4.2006, 300.896-C1/E1-IV/44/06.

Für Flüchtlinge und für Personen, deren Beziehungen zu ihrem Heimatstaat aus vergleichbar schwerwiegenden Gründen abgebrochen sind, kennt das IPRG zwar ebenfalls Sondervorschriften (zB § 9 Abs 3 IPRG). Allerdings können die im IPRG vorgesehenen Regelungen im Fall eines Asylsuchenden zum Problem werden, weil unter Umständen verschiedene Rechtsordnungen in Bezug auf Verfahrens- und materielles Recht zur Anwendung gelangen könnten und die Asylbehörden mitunter aufwändige Ermittlungen (und Wertungen im Kontext der Ordre Public-Klausel) durchführen müssten.²⁶⁷

Aus diesem Grund normiert § 16 Abs 1 AsylG, dass für den Eintritt der Handlungsfähigkeit im Zusammenhang mit dem AsylG ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Fremden österreichisches Recht maßgeblich ist. Diese Regelung ist somit eine *lex specialis* zu den Regeln des IPRG, denen zufolge bei Auslandsberührung in Fragen der Rechts- und Handlungsfähigkeit stets auf das Personalstatut der betroffenen Person abzustellen ist.²⁶⁸

§ 16 Abs 2 AsylG legt fest, dass ein Minderjähriger, dessen Interessen von seinem gesetzlichen Vertreter nicht (mehr) wahrgenommen werden können, berechtigt ist, in eigener Person Anträge auf internationalen Schutz zu stellen. Es wird hier keine Differenzierung zwischen mündigen und unmündigen Minderjährigen getroffen, weshalb – alleine aufgrund des Gesetzeswortlautes – davon auszugehen ist, dass sämtliche Minderjährige ohne Unterscheidung nach dem Alter berechtigt sind, einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen. Das bedeutet, dass alle Minderjährigen vor einem Organ des österreichischen Sicherheitsdienstes, einer österreichischen Sicherheitsbehörde oder einer Erstaufnahmestelle im Sinne des § 59 AsylG berechtigt sind, um Schutz vor Verfolgung zu ersuchen (§ 17 Abs 1 AsylG).²⁶⁹

§ 16 Abs 3 AsylG bestimmt in weiterer Folge, dass ein mündiger Minderjähriger, dessen Interessen von seinem gesetzlichen Vertreter nicht wahrgenommen werden können, berechtigt ist, im Asylverfahren selbst Anträge zu stellen und auch einzubringen. Diese

²⁶⁷ UBAS, 21.4.2006, 300.896-C1/E1-IV/44/06.

²⁶⁸ ErläutRV 952 BlgNR 22. GP 42.

²⁶⁹ ErläutRV 952 BlgNR 22. GP 43.

Bestimmung erweitert die Handlungsmöglichkeiten mündiger Minderjähriger. Ein mündiger Minderjähriger ist zur Einbringung eines Asylantrages berechtigt. Das Einbringen eines Asylantrages besteht gemäß § 17 Abs 2 AsylG im Stellen eines Antrages auf internationalen Schutz durch den Fremden persönlich – auch im Rahmen einer Vorführung (§ 43 Abs 2 AsylG) – bei der Erstaufnahmestelle.

Demgegenüber kann der unmündige Minderjährige selbst keinen Asylantrag einbringen. Dies folgt aus dem Gesamtbild, das § 16 AsylG ergibt: Der unmündige Minderjährige kann zwar im Rahmen des § 16 Abs 2 AsylG selbständig einen Antrag stellen, unmittelbar darauf wird jedoch der Rechtsberater in der Erstaufnahmestelle gesetzlicher Vertreter des unmündigen Minderjährigen (§ 16 Abs 5 AsylG). Es gibt jedoch keine dem § 16 Abs 3 AsylG entsprechende Bestimmung, welche es dem Unmündigen erlauben würde, seinen Antrag auch selbst einzubringen.²⁷⁰

Diese Unterscheidung ist deswegen wichtig, weil § 17 zwischen der Stellung und der Einbringung eines Asylantrages differenziert. Diese Differenzierung resultiert aus der Tatsache, dass der Fremde ab Stellung des Asylantrages vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen geschützt ist. Das eigentliche Asylverfahren beginnt allerdings erst mit der Einbringung des Antrages und dem persönlichen Erscheinen in der Erstaufnahmestelle.²⁷¹ Das Gesetz gesteht somit Minderjährigen ab Vollendung des 14. Lebensjahres das Recht zu, über das Stellen eines Asylantrages hinaus das Asylverfahren durch das Einbringen des Antrages auch selbst einleiten zu können. Unmündige Minderjährige benötigen hierfür einen Vertreter; mangels eines gesetzlichen Vertreters müssen diese Aufgaben von einem Substituten, nämlich dem Rechtsberater in der Erstaufnahmestelle, wahrgenommen werden.

Die Stellung eines Asylantrages ist wohl ebenso wenig vom typischen Geschäftsfähigkeitskreis eines mündigen Minderjährigen erfasst wie die Erteilung einer Zustimmung zur Verarbeitung personenbezogener Daten. Es wurden jedoch spezielle Regelungen getroffen werden, wohl auch, um klar zu stellen, dass die aufgrund von

²⁷⁰ ErläutRV 952 BlgNR 22. GP 43.

²⁷¹ ErläutRV 952 BlgNR 22. GP 43.

Schutzerwägungen beschränkte Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen hier nicht zweckmäßig ist. Die Frage ist, ob sich hieraus ein allgemeines Prinzip für die Beurteilung Geschäftsfähiger Minderjähriger im öffentlichen Recht (bzw in bestimmten Bereichen des öffentlichen Rechts) ableiten lässt.

Festzuhalten ist zunächst, dass Regelungen wie die des § 16 AsylG oder des im Folgenden noch näher darzustellenden § 19 StbG²⁷² nicht im Widerspruch zu dem bereits erwähnten Schutzprinzip zugunsten Minderjähriger stehen. Wie bereits dargelegt, gilt dieses Prinzip für Minderjährige, die noch nicht über ihre volle Geschäftsfähigkeit verfügen, bereits aufgrund der Gesetze (§ 21 ABGB). Diesem Schutzprinzip wird im Bereich des Asylrechts Rechnung getragen, indem dem Minderjährigen zwar in gewissem Umfang die eigenbestimmte Wahrnehmung seiner Rechte ermöglicht wird. Allerdings tritt die Fähigkeit zur Ausübung der Rechte durch den Minderjährigen selbst ausschließlich in dem Fall ein, in dem kein gesetzlicher Vertreter mehr die Interessen wahrnehmen kann.

Offenbar ausgehend von einem System unterschiedlicher geistiger Reife wird unmündigen und mündigen Minderjährigen innerhalb des § 16 AsylG jeweils ein unterschiedliches Ausmaß an Handlungsfähigkeit zugestanden. Das Recht des mündigen Minderjährigen zur Einbringung des Antrages, welche gleichzusetzen ist mit der Einleitung des Asylverfahrens und daher über die bloße Antragstellung hinausgeht, ist also ein qualitatives und quantitatives *Plus*.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass den Regelungen des AsylG über die Handlungsfähigkeit durchaus komplexe Überlegungen zugrunde liegen: Die Stellung bzw Einbringung eines Asylantrages ist unzweifelhaft als außergewöhnliches Ereignis im Leben eines Menschen zu betrachten. Meines Erachtens kann dieser Erklärung nicht ohne weiteres Alterstypizität bzw Geringfügigkeit beigemessen werden, weshalb weder die Stellung noch die Einbringung eines Asylantrages von den allgemeinen Rechtsgeschäfts-Fähigkeitskriterien oder der Ausnahmebestimmung des § 151 Abs 3 ABGB (*Wurstsemmelparagraf*) gedeckt ist.

²⁷² Siehe unten Punkt 4.2.3.

Hieraus folgt, dass § 16 AsylG eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit gerade für unmündige Minderjährige im Vergleich zu der im ABGB geregelten Rechtsgeschäftsfähigkeit bewirkt, indem er diese zur Stellung eines Asylantrages ermächtigt. Diese Regelung wurde für den Bereich des Asylrechts *maßgeschneidert*. Der Umstand, dass die asylrechtliche Handlungsfähigkeit im Rahmen einer Spezialnorm geregelt und darüber hinaus jeweils von den Erfordernissen des Einzelfalls abhängig gemacht wird, macht es meines Erachtens unmöglich, hieraus eine generelle Regel – mit anderen Worten: eine spezifisch öffentlich-rechtliche Systematik – ableiten zu können.

Nichtsdestotrotz handelt es sich um eine wichtige Bestimmung, die deutlich macht, dass einem Minderjährigen in bestimmten, für ihn besonders wichtigen, sein weiteres Leben betreffenden Situationen von Seiten des positiven öffentlichen Rechts durchaus bewusst die Fähigkeit zugestanden wird, für sich selbst maßgebliche Erklärungen abzugeben. In diesem Zusammenhang ist von Interesse, dass im Bereich des Asylrechts ebenso wie nach den §§ 151 oder 865 ABGB auf starre Altersgrenzen abgestellt wird. Ein markanter Punkt für die Handlungsfähigkeit ist das Erreichen der Mündigkeit. Von diesem Zeitpunkt an ist der Minderjährige berechtigt, autonom nicht nur einen von § 16 AsylG erfassten Antrag im Rahmen des Asylverfahrens zu stellen, sondern diesen auch selbst einzubringen.

4.2.1.2 Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters und Stellvertretung

§ 4 Z 14 DSG definiert die Zustimmungserklärung als die ohne Zwang abgegebene Willenserklärung *des Betroffenen*. Zu untersuchen ist – auch im Hinblick darauf, dass die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen ein weites Feld für die Vertretung des Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter vorsehen – die Frage, ob und (bejahendenfalls) in welchem Umfang bei der Abgabe einer Willenserklärung auf Basis einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters erforderlich und ob eine Stellvertretung möglich ist.

Hier liefert das AsylG – im Gegensatz zum DSG – in seinem § 16 eine eindeutige Regelung: Entsprechend dem Wortlaut des § 16 AsylG kommt grundsätzlich jedem einzelnen Elternteil die Stellung als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen im Asylverfahren zu. Im Folgenden werden detaillierte Regelungen für Einzelfälle getroffen. So sieht § 16 Abs 2 AsylG etwa für den Fall widerstreitender Erklärungen beider Elternteile bei ehelichen Kindern vor, dass der zeitlich früheren Erklärung Relevanz vor der später folgenden zukommen soll, bei unehelichen Kindern soll hingegen allein der Erklärung der Mutter Beachtlichkeit zukommen, es sei denn, der Vater wäre mit der alleinigen Obsorge betraut. Dies entspricht dem System des § 166 erster Satz ABGB.²⁷³

Das AsylG trifft ferner für unmündige Minderjährige in § 16 Abs 5 leg cit eine dem Schutzgedanken des § 21 ABGB entsprechende Bestimmung, indem es einem unmündigen Minderjährigen, dessen Interessen von seinen gesetzlichen Vertretern nicht wahrgenommen werden können, den Rechtsberater der Erstaufnahmestelle als Substitut des gesetzlichen Vertreters zur Seite stellt. Dieser hat ab Ankunft in der Erstaufnahmestelle die Aufgaben des gesetzlichen Vertreters des Unmündigen wahrzunehmen.

Demgegenüber wird mündigen Minderjährigen in § 16 Abs 3 AsylG die besondere Möglichkeit eingeräumt, selbst Anträge zu stellen und einzubringen. Es handelt sich hierbei nicht um eine Bestimmung, die jegliche Mitwirkung eines Dritten ausschließt, sondern in erster Linie um eine *Kann*-Bestimmung. Darüber hinaus erfährt die Regelung eine Einschränkung dahingehend, dass die Berechtigung des mündigen Minderjährigen bloß subsidiär, also erst dann besteht, wenn seine Interessen von seinem gesetzlichen Vertreter nicht (mehr) wahrgenommen werden können. Für das weitere Verfahren ab Einbringung des Antrages auf internationalen Schutz ist allerdings wiederum ex lege der Rechtsberater der Erstaufnahmestelle beziehungsweise im späteren Verfahren der zuständige Jugendwohlfahrtsträger als Vertreter des Minderjährigen zuständig. Besondere verfahrensrechtliche Kompetenzen, wie etwa die selbstverantwortliche

²⁷³ ErläutRV 952 BlgNR 22. GP 43.

Teilnahme am weiteren Asylverfahren sind nicht mehr vorgesehenen.

Damit ist klargestellt, dass der mündige Minderjährige hier den Antrag zwar völlig selbständig einzubringen vermag, ohne auf die Mitwirkung eines (gesetzlichen) Vertreters angewiesen zu sein. Für das gesamte weitere Verfahren benötigt er wiederum einen Vertreter, der entsprechend den maßgeblichen Vorgaben in § 16 AsylG bestimmt werden muss. Diese Anordnung steht im Einklang mit den Schutzanforderungen des § 21 ABGB. Bemerkenswert ist jedoch, dass der Gesetzgeber durch Festlegung einer besonderen Geschäftsfähigkeit dem mündigen Minderjährigen die Möglichkeit eröffnet, einen wichtigen Schritt, nämlich die Initiierung des Asylverfahrens, selbst zu setzen.

Die Frage der Mitwirkung gesetzlicher Vertreter stellt sich somit im Bereich des Asylrechts nicht, weil die den Minderjährigen von der ihnen verliehenen besonderen Geschäftsfähigkeit erst dann Gebrauch machen können, wenn kein gesetzlicher Vertreter die Rechte des Minderjährigen wahrnehmen bzw ausüben kann. Eine besondere Form einer gesetzlich angeordneten Vertretung tritt wiederum erst nach Stellung bzw Einbringung des Asylantrages ein, wenn der Rechtsberater der Erstaufnahmestelle bzw der Jugendwohlfahrtsträger im weiteren Verfahren ex lege die Position des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen einnimmt.

4.2.1.3 Willensmängel

Bei der Frage, ob Willensmängel eine Rolle im Asylverfahren spielen (können), ist eine differenzierte Betrachtungsweise geboten. Im Bereich des Datenschutzes kann es – beispielsweise im Zuge von Vertragsverhandlungen – vorkommen, dass der (private) Verhandlungspartner seine wirtschaftliche Übermacht ausnutzt und den anderen zur Bekanntgabe seiner Daten und Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Verwendung personenbezogener Daten durch Veranlassung eines Irrtums oder unter Einsatz von List oder Drohung bringt.

Im Asylverfahren ist der Ausgangspunkt ein anderer: Zunächst ist der Fall, dass ein Asylwerber seitens der Verwaltungsbehörde zur Antragstellung gezwungen oder diese mittels List herbeigeführt wird, in der Praxis kaum vorstellbar. Darüber hinaus wird ein asylrechtlicher Antrag bei einer Verwaltungsbehörde gestellt. Während dem Asylwerber somit ein öffentlich-rechtlicher Gesprächspartner gegenübersteht, treten im Privatrecht wie auch in vielen datenschutzrechtlichen Fallkonstellationen private Akteure auf.

Eine vergleichbare Systematik liegt somit nicht vor, weshalb dieser Ansatz nicht weiter verfolgt wird.

4.2.1.4 Resümee

Die nähere Untersuchung des § 16 AsylG zeigt, dass diese Regelung auf einen Sonderfall zugeschnitten wurde und daher nicht verallgemeinerungsfähig ist. § 16 AsylG eignet sich daher nicht, einen systematisch-logischen Rechtsgrundsatz zu untermauern, welcher für den gesamten Bereich des öffentlichen Rechts und damit auch für das Datenschutzrecht Maßgeblichkeit erlangt.

4.2.2 Die Stellung eines sozialversicherungsrechtlichen Antrages durch einen Minderjährigen

4.2.2.1 Gesetzliche Grundlagen

§ 357 Abs 1 ASVG²⁷⁴ verweist im Zusammenhang mit der Frage nach der Rechts- und Handlungsfähigkeit auf § 9 AVG. Dieser erklärt – mangels spezialgesetzlicher Bestimmungen – die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Rechts- und Handlungsfähigkeit für anwendbar.²⁷⁵

²⁷⁴ IdF BGBl. I Nr. 2010/62.

²⁷⁵ Siehe oben, Punkt 1.5.4.

§ 361 ASVG²⁷⁶ bildet wiederum eine *lex specialis* zu § 9 AVG. Diese Norm behandelt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um ein Verfahren zur Feststellung von Leistungsansprüchen durch die Versicherungsträger einzuleiten. Zur Stellung eines, ein derartiges Verfahren auslösenden, Antrages ist gemäß § 361 Abs 2 ASVG der Anspruchswerber selbst oder sein gesetzlicher Vertreter berechtigt. Minderjährige, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, können entsprechend dieser Gesetzesbestimmung den Antrag auch selbst stellen.

Abweichend von dem in § 9 AVG getroffenen generellen Verweis wird somit auch in § 361 Abs 2 ASVG für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger eine Sonderbestimmung (*lex specialis*) in Form einer *kann*-Bestimmung getroffen. Es wird dem mündigen Minderjährigen dadurch ermöglicht, einen (bestimmten) sozialversicherungsrechtlichen Antrag in eigener Person zu stellen. An seiner Stelle kann jedoch auch der gesetzliche Vertreter einschreiten. Unmündigen Minderjährigen ist nach dem Wortlaut dieser gesetzlichen Bestimmung *e contrario* die selbständige Einbringung eines derartigen Antrages selbst unter billigender Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters verwehrt.

Diese Bestimmung wirft eine Vielzahl an Fragen auf. Was hat zum Beispiel bei einander widersprechenden Anträgen des Minderjährigen und des gesetzlichen Vertreters beziehungsweise zweier gesetzlicher Vertreter untereinander zu gelten? § 361 ASVG bietet hierfür keine Entscheidungsparameter oder sonstige Kriterien an, wie diese beispielsweise § 16 AsylG zur Verfügung stellt.²⁷⁷ Insbesondere bleibt ungeklärt, wie bei widerstreitenden Erklärungen des mündigen Minderjährigen und des gesetzlichen Vertreters vorzugehen ist. Es kommt nach dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung keiner der Erklärungen absolute Priorität vor der anderen zu.

²⁷⁶ IdF BGBl. I Nr. 2010/111.

²⁷⁷ Siehe oben, Punkt 4.2.1.

4.2.2.2 Resümee

§ 361 ASVG ist für die Ableitung eines allgemeinen Prinzips der Geschäftsfähigkeit im öffentlichen Recht aufgrund seiner offensichtlichen Eigenschaft als Spezialnorm ungeeignet. Eine Übertragung der Aussagen dieser Regelung auf das Datenschutzrecht (oder andere, nicht explizit geregelte Fälle im öffentlichen Recht) ist aus diesem Grund sowie aufgrund der aufgezeigten Unzulänglichkeiten nicht zielführend.

Lediglich das Abstellen auf das Erreichen der Mündigkeit kann als Anhaltspunkt für die Erlangung verwaltungsrechtlicher Handlungsfähigkeit betrachtet werden. Ohne weitere Klarstellungen und Definitionen bleibt dieser Interpretationsansatz freilich in der Luft hängen.

4.2.3 Die Stellung eines Antrages auf Verleihung/Erstreckung der Staatsbürgerschaft durch einen Minderjährigen

4.2.3.1 Gesetzliche Grundlagen

Eine im Vergleich zu der soeben dargestellten Bestimmung aus dem Sozialversicherungsrecht weitaus umfassendere Regelung der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger fand sich bis 31.12.2009 in § 19 StbG 1985 idF BGBl. I 1998/124.²⁷⁸ Diese Bestimmung enthielt für die Bestimmung der Fähigkeit, einen Antrag auf Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft zu stellen (Prozessfähigkeit), nachstehende Parameter:

Mit Erreichen der Mündigkeit ging gemäß § 19 Abs 2 StbG aF die Fähigkeit, einen Antrag auf Verleihung der Staatsbürgerschaft oder Erstreckung der Verleihung zu stellen auf den (nunmehr) mündigen Minderjährigen über. Von diesem Zeitpunkt an konnte nur mehr der mündige Minderjährige selbst einen Antrag auf Verleihung der

²⁷⁸ Im Folgenden § 19 StbG aF. Vgl demgegenüber nunmehr § 19 StbG 1985 idF BGBl I Nr. 2009/122.

Staatsbürgerschaft sowie auf Erstreckung der Verleihung stellen. Allerdings bedurfte die Abgabe dieser Erklärung zu ihrer Rechtsgültigkeit darüber hinaus der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen. Diese Konstruktion ist unter Zuhilfenahme der Judikatur des VwGH und der Gesetzesmaterialien erklärbar: Der Erwerb der Staatsbürgerschaft soll an die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gebunden sein, weil sich an den Erwerb der Staatsbürgerschaft im Gegensatz zu anderen verwaltungsrechtlichen Verfahren, wie zB bei einem Antrag auf Änderung des Namens, eine Reihe von Rechtsfolgen knüpfen, die in ihren vollen Auswirkungen vom Minderjährigen allein oft nicht überblickt werden können.²⁷⁹

Auch für den Fall, dass der gesetzliche Vertreter keine Erklärung abgab oder einander widersprechende Erklärungen seitens des Minderjährigen, der einen Antrag stellen wollte, und seines gesetzlichen Vertreters, der diesen Antrag nicht unterstützen wollte, vorlagen, wurde durch das StbG aF Vorsorge getroffen. § 19 Abs 4 StbG aF normierte, dass die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auf Antrag des Minderjährigen oder von Amts wegen vom PflEGschaftsgericht zu ersetzen ist, wenn die Verleihung oder die Erstreckung der Verleihung dem Wohl des Minderjährigen entsprach. Durch diese Bestimmung wurde somit sämtlichen denkmöglichen Sachverhaltskonstellationen Rechnung getragen.

4.2.3.2 Resümee

Eine systematische Analyse des § 19 StbG aF soll nunmehr zeigen, ob sich diese Bestimmung als Basis für die Ableitung eines allgemeinen Prinzips zur Bestimmung der Handlungsfähigkeit eines Minderjährigen für den Bereich des öffentlichen Rechts generell oder für das Datenschutzrecht im Speziellen eignet. Fest steht, dass § 19 StbG im Vergleich zu den bisher behandelten öffentlich-rechtlichen Vorschriften den umfassendsten Regelungsinhalt bietet.

²⁷⁹ VwGH, 16.7.2003, 2002/01/0341; ErläutRV 568 BlgNR 16. GP 7 f.

Allerdings ergibt sich gerade aus diesem Detaillierungsgrad ein wesentliches Argument gegen die Verallgemeinerungsfähigkeit dieser gesetzlichen Bestimmung. Die Anordnung der besonderen Prozessfähigkeit für mündige Minderjährige präsentiert sich vielmehr wiederum als Ausnahmebestimmung zur allgemeinen Regelung des § 9 AVG. Schon dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis steht der Ableitung eines generellen Prinzips aus § 19 StbG aF entgegen.

Im Übrigen wurde § 19 StbG aF durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009²⁸⁰ aus dem geltenden Recht eliminiert und durch § 19 StbG idF BGBl I 2009/122 ersetzt. Diese Nachfolgebestimmung sieht nunmehr lediglich vor, dass Anträge auf Verleihung und Erstreckung der Staatsbürgerschaft persönlich bei der Behörde zu stellen sind; soweit der Antragsteller nicht selbst handlungsfähig ist, hat den Antrag nunmehr sein gesetzlicher Vertreter einzubringen. Diese Neuregelung verweist wiederum pauschal auf die dem bürgerlichen Recht entstammende Handlungsfähigkeit und ist aus diesem Grund ungeeignet, als Basis für ein im öffentlichen Recht allgemein gültiges Prinzip zur Bestimmung der Rechts- und Handlungsfähigkeit zu dienen.

4.2.4 Freie Wahl des Religionsbekenntnisses durch einen Minderjährigen

Eine weitere Bestimmung, welche mündigen Minderjährigen das Recht auf autonome Gestaltung der eigenen Privatsphäre einräumt, findet sich schon in Art 4 des *Gesetzes vom 25. Mai 1868, wodurch die interconfessionellen Verhältnisse der Staatsbürger in den darin angegebenen Beziehungen geregelt*²⁸¹ werden. Nach dieser Gesetzesbestimmung hat jedermann, sobald das 14. Lebensjahr vollendet wurde, ohne Unterschied des Geschlechts die freie Wahl des Religionsbekenntnisses nach seiner eigenen Überzeugung. In dieser freien Wahl ist der Betreffende nötigenfalls von der Behörde zu schützen.

²⁸⁰ ErläutRV 330 BlgNR 24. GP 57: *Die Regelungen zur Antragstellung auf Verleihung und Erstreckung der Verleihung der Staatsbürgerschaft werden radikal vereinfacht und an die bewährte Bestimmung des NAG (§ 19 Abs. 1) angeglichen.*

²⁸¹ RGBl. Nr. 1868/49 idF dRGBl. I S 1939/384.

Im zweiten Satz dieser Bestimmung wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich der Betreffende zur Zeit der Wahl nicht in einem Geistes- oder Gemütszustand befinden dürfe, welcher die eigene freie Überzeugung ausschließt. Hier findet sich eine Bestimmung, welche eine fixe Altersgrenze mit einer flexiblen Grenze betreffend die ausreichenden geistigen Fähigkeiten zur Zeit der Wahl des Religionsbekenntnisses kombiniert.

§ 5 Bundesgesetz über die religiöse Kindererziehung 1985²⁸² behält diese Regelung bei und legt darüber hinaus fest: *Hat das Kind das zwölfte Lebensjahr vollendet, so kann es nicht gegen seinen Willen in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden.*

Anders als die bisher dargestellten Regelungen wird hier erstmals einem unmündigen Minderjährigen zumindest ein Mitspracherecht eingeräumt. Dies lässt sich zwar mit dem *telos* des Gesetzes bzw der konkreten Bestimmung erklären. Allerdings lassen sich für die systematisch-logische Interpretation keine Anhaltspunkte gewinnen; insbesondere sind auch hier die Definitionen zu vage, um ein für das öffentliche Recht allgemeines Prinzip ableiten zu können.

4.2.5 Einwilligung in eine klinische Prüfung eines Arzneimittels durch einen Minderjährigen

4.2.5.1 Gesetzliche Grundlagen

§ 42 AMG²⁸³ legt fest, dass die klinische Prüfung eines Arzneimittels an einem Minderjährigen nur durchgeführt werden darf, wenn (unter anderem) nachstehende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Minderjährige hat vor Beginn der klinischen Prüfung durch einen im Umgang mit Minderjährigen erfahrenen Prüfer eine Aufklärung erhalten, welche seinen Fähigkeiten dies zu begreifen entspricht (§ 42 Abs 1 Z 4 AMG).

²⁸² BGBl. Nr. 1985/155 idF BGBl. I Nr. 1999/191.

²⁸³ AMG, BGBl. Nr. 1983/185 idF BGBl. I Nr. 2004/35.

- Der Minderjährige, der in der Lage ist, das Wesen, die Bedeutung, die Tragweite und Risiken der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen, hat seine Einwilligung nachweislich erteilt.
- Der Erziehungsberechtigte hat – nach entsprechender Aufklärung – seine Einwilligung nachweislich und schriftlich erteilt.

4.2.5.2 *Resümee*

Diese Bestimmung stellt – abweichend von den bisher behandelten Regelungen – überhaupt nicht mehr auf starre Altersgrenzen ab, sondern legt der Beurteilung der Geschäftsfähigkeit ein flexibles System zugrunde. Die Zulässigkeit einer klinischen Prüfung eines Arzneimittels an Minderjährigen setzt daher die Einwilligung des (ausreichend einsichts- und urteilsfähigen sowie umfassend aufgeklärten) Minderjährigen voraus. Zusätzlich ist die Einwilligung des Erziehungsberechtigten erforderlich. Dies entspricht inhaltlich der Regelung des § 146c ABGB für (Heil-)Behandlungen, die gewöhnlich mit schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind.²⁸⁴

Aus den bereits oben dargelegten Gründen, insbesondere ihrer Eigenschaft als *lex specialis* zu § 9 AVG, ist auch diese Regelung nicht geeignet, im Rahmen der systematisch-logischen Interpretation als Grundlage für ein generelles Prinzip der Geschäftsfähigkeit im öffentlichen Recht und damit auch für das Datenschutzrecht zu dienen.

²⁸⁴ *Füszl/Semp*, Pharmazeutische Vorschriften (29. Ergänzungslieferung) § 42 Arzneimittelgesetz Anm 7.

4.2.6 Zusammenfassung der Ergebnisse der systematisch-logischen Interpretation

Die im Rahmen dieser Arbeit unter dem Blickwinkel der systematisch-logischen Interpretation näher analysierten Regelungen wurden bewusst ausgewählt, weil sie allesamt (mehr oder weniger eng) mit der Person des jeweils Betroffenen verwurzelte (*höchstpersönliche*) Rechte betreffen. Die Auswahl erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Die erörterten Beispiele haben verdeutlicht, dass es neben dem im öffentlichen Recht anzutreffenden pauschalen Verweis²⁸⁵ auf die Rechts-, Handlungs- oder Prozessfähigkeit des bürgerlichen Rechts auch zahlreiche, einzelfallbezogene Spezialvorschriften gibt.

Diese Vielzahl an (Sonder-)Vorschriften über die Rechts- und Handlungsfähigkeit derogiert der allgemeinen Regel des § 9 AVG. Die Vorschriften lassen daher noch keine Rückschlüsse auf ein allgemeines Prinzip oder Muster für die Anwendung zivilrechtlicher Geschäftsfähigkeitsregeln im öffentlichen Recht zu. In manchen Vorschriften wird auf fixe Altersgrenzen abgestellt,²⁸⁶ andere Bestimmungen wiederum stellen im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit auf die individuelle Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab.²⁸⁷

Als allgemeines Prinzip kann letztlich festgehalten werden, dass sich weder im DSG selbst noch durch systematische Analyse anderer Verwaltungsvorschriften ein genereller Ausschluss der Personengruppe der Minderjährigen von der Vornahme verfahrens- oder materiellrechtlicher Verfügungen findet. Weiters gibt es keine vom bürgerlichen Recht abweichende, und daher verwaltungsrechtlich spezifische, Einschränkung oder Erweiterung der Rechtslage im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

²⁸⁵ Ein ausdrücklicher Verweis auf die bürgerlich-rechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit findet sich nicht nur in dem bereits zitierten § 9 AVG, sondern auch in § 79 BAO für den Bereich des Abgabenrechts.

²⁸⁶ So zB in § 19 StbG aF, § 16 AsylG, § 357 ASVG oder aber auch im Gesetz vom 25. Mai 1868, wodurch die interconfessionellen Verhältnisse der Staatsbürger in den darin angegebenen Beziehungen geregelt werden.

²⁸⁷ So zB § 42 AMG.

Die privatrechtlichen Bestimmungen der §§ 151, 865 ABGB, auf die § 9 AVG (unter anderem) verweist, enthalten Regelungen über die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die auch auf den konkreten Fall der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung anwendbar sein könnten. Nach diesen Bestimmungen sind unmündige Minderjährige vollkommen geschäftsunfähig, mündige Minderjährige nur beschränkt geschäftsfähig. Eine Ausnahme bilden lediglich die Geschäfte des § 151 Abs 3 ABGB.²⁸⁸

Eine unreflektierte Anwendung dieser Bestimmungen würde jedoch bedeuten, dass unmündige Minderjährige gar keine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung abgeben könnten und mündige Minderjährige jedenfalls der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter bedürften, um aus einer *schwebend unwirksamen* eine verbindliche Erklärung zu machen.²⁸⁹

Unter Berücksichtigung der Intentionen des Gesetzgebers (und als Vorgriff auf die Ergebnisse der teleologischen Interpretation) ist dieses Ergebnis in Frage zu stellen: Das Ziel des DSG war es, jedem Betroffenen zu ermöglichen, in erster Linie selbst über das Schicksal der ihn betreffenden Daten zu entscheiden.²⁹⁰ Eine Einschränkung nur auf volljährige Personen ist dem DSG nicht zu entnehmen. Demgegenüber kennt auch das öffentliche Recht – wie anhand der Einwilligung im Bereich des Arzneimittelrechts nachgewiesen wurde – die Einsichts- und Urteilsfähigkeit als alternativen Beurteilungsmaßstab der Geschäftsfähigkeit.

Da die systematisch-logische Interpretation zu keinen eindeutigen Ergebnissen geführt hat, müssen weitere Auslegungsmethoden herangezogen werden.

²⁸⁸ Siehe unten Punkt 7.1.

²⁸⁹ Vgl § 865 ABGB.

²⁹⁰ ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP 35.

4.3 Die historische Interpretation

Die historische Interpretation²⁹¹ liefert für die Klärung dieser Frage kaum Anhaltspunkte, zumal der historische Gesetzgeber das Problem, dass Minderjährige in die Situation kommen sollten, selbst der Verwendung ihrer Daten zuzustimmen, entweder nicht bedacht oder kein Problem damit verbunden hat, welches einer Erörterung im Rahmen der Materialien bedurft hätte. Jedenfalls hat sich der historische Gesetzgeber nicht ausdrücklich mit dieser Frage beschäftigt. Auch in den aktuellen Überlegungen im Rahmen der DSG-Novellen 2008 und 2010 wurde diese Frage nicht aufgegriffen: Weder in den Materialien zur Datenschutzgesetz-Novelle 2008 (welche letztlich nie zur Beschlussfassung im Parlament gelangte) noch zur Datenschutzgesetz-Novelle 2010, welche mit 1.1.2010 in Kraft getreten ist, finden sich Hinweise zu diesem Thema.²⁹²

Lediglich in den Materialien zur Urfassung des DSG wird ausgeführt, dass *in erster Linie der Betroffene selbst über das Schicksal der ihn betreffenden Daten zu entscheiden hat*²⁹³. Eine eindeutige Antwort auf die Frage nach der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht lässt sich dieser Stellungnahme des Gesetzgebers jedoch nicht entnehmen.

4.4 Die teleologische Interpretation

Die teleologische Interpretation sucht den Zweck einer Regelung zu erforschen.²⁹⁴ § 4 Z 14 DSG legt fest, unter welchen Voraussetzungen eine Willenserklärung eine gültige Zustimmungserklärung im Sinne des DSG ist. Wie bereits dem Gesetz zu entnehmen ist, soll die Willenserklärung durch den Betroffenen selbst in einem,

²⁹¹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) 197; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 24; *Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 6, Rz 20.

²⁹² vgl. Regierungsvorlage zur Datenschutzgesetz-Novelle 2008, 182/ME, XXIII. GP; ErläutRV 472 BlgNR 24. GP.

²⁹³ ErläutRV, 1613 BlgNR 20. GP 35.

²⁹⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 25.

jeglichen Willensmangel ausschließenden Zustand für einen im Voraus genau definierten Verwendungszweck abgegeben werden. Eindeutiger Zweck dieser Bestimmung ist daher, klar zu stellen, dass eine Willenserklärung nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen eine Rechtsgrundlage für die Verwendung personenbezogener Daten sein kann.

Interpretativ wurde bereits ermittelt, dass das Recht auf Datenschutz ein höchstpersönliches Recht ist. Verfügungen über dieses Recht stehen daher grundsätzlich dem Betroffenen selbst zu.²⁹⁵ Allerdings lässt sich alleine aus diesen Tatsachen kein exaktes Abgrenzungskriterium hinsichtlich der Frage, ob die Fähigkeit zur Abgabe einer Zustimmungserklärung im Sinne des DSGVO anhand der Rechtsgeschäfts-Fähigkeit oder anhand der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu bestimmen ist, gewinnen.

Telos dieser Bestimmung ist es zwar, dem Betroffenen eine weitestgehende Verfügungsmöglichkeit über seine eigenen personenbezogenen Daten einzuräumen; hierin steckt die Idee der informationellen Selbstbestimmung²⁹⁶. Dem *telos* des DSGVO ist jedoch nicht zu entnehmen, unter welchen persönlichen Voraussetzungen diese Möglichkeit bestehen soll, insbesondere ab wann einem Menschen die (geistige) Fähigkeit zukommen soll, dieses informationelle Selbstbestimmungsrecht wahrzunehmen. Hier ist man wiederum auf die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften verwiesen. Wie bereits an anderer Stelle aufgezeigt, gibt es jedoch spätestens seit dem Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001 zwei Möglichkeiten, die Geschäftsfähigkeit einer Person zu bestimmen: die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit einerseits und die Einsichts- und Urteilsfähigkeit andererseits.

Darüber hinaus kann dem *telos* des DSGVO keine Antwort über das Verhältnis der informationellen Selbstbestimmung zu dem Schutzgedanken, der den Bestimmungen des ABGB über die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit immanent ist, entnommen werden: Einerseits verlangt das Prinzip der informationellen Selbstbestimmung eine weitestgehend eigenverantwortliche Wahrnehmung der durch das DSGVO eingeräumten

²⁹⁵ ErläutRV, 1613 BlgNR 20. GP 35.

²⁹⁶ BVerfG (Deutschland) 15.12.1983, BVerfGE 65,1; vgl auch *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010), RZ 2/42.

Rechte; dies könnte als ein Hinweis in Richtung Einsichts- und Urteilsfähigkeit als maßgebliches Kriterium für die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit gedeutet werden. Dass ein Minderjähriger im geschäftlichen Verkehr geschützt werden muss, ist andererseits ein starkes Argument gegen die Anwendbarkeit der Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Die teleologische Interpretation vermag das sich hier vermeintlich auftuende Problem, dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht in einem Spannungsverhältnis zum Schutzprinzip des ABGB stehen könnte und daher möglicherweise hinter diesem zurücktreten müsste, nicht zu lösen.

Festzuhalten ist daher, dass sich aus dem dem DSG zugrunde liegenden Zweck letztendlich kein vernünftiges Argument für oder gegen eine bestimmte Altersgrenze (Rechtsgeschäfts-Fähigkeit) oder für oder gegen die Zulassung einer beweglichen Regelung (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) gewinnen lässt.

Die Frage, ob im Zusammenhang mit der Abgabe einer Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht auf die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit oder die Einsichts- und Urteilsfähigkeit abgestellt werden muss, lässt sich im Wege der teleologischen Interpretation somit ebenso wenig beantworten, wie unter Zuhilfenahme der anderen Interpretationsmethoden.

4.5 Zusammenfassung

Im öffentlichen Recht gibt es keine autonome allgemeine Definition der Rechts- und Handlungsfähigkeit. § 9 AVG verweist, ebenso wie § 79 BAO, auf die Regelungen des Bürgerlichen Rechts. Wenn in einzelnen Verwaltungsvorschriften (zB § 16 AsylG, § 19 StbG aF, § 361 ASVG) abweichende Regelungen über die Rechts- und/oder die Handlungsfähigkeit getroffen werden, so handelt es sich hierbei um spezialgesetzliche Regelungen, die auf besondere Sachverhalte zugeschnitten wurden. Diese Normen eignen sich daher nicht zur Ableitung eines allgemeinen Prinzips für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit im öffentlichen Recht. Die systematisch-logische Interpretation führt

somit auch zu keiner Lösung der Frage nach dem anwendbaren Geschäftsfähigkeitsregime im Datenschutzrecht.

Des Weiteren konnten auch die Wortinterpretation und die historische Interpretation keine Antwort auf die Frage geben, ab welchem Alter ein Minderjähriger – wenn überhaupt – fähig ist, eine rechtswirksame Zustimmungserklärung abzugeben. Auch unter Heranziehung der teleologischen Auslegungsmethode ist es nicht möglich, eine eindeutige Aussage treffen, ob sich die Geschäftsfähigkeit im Datenschutzrecht nach der althergebrachten Rechtsgeschäfts-Fähigkeit oder nach den Regelungen über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit richtet.

Auch wenn unter Zugrundelegung des Zwecks der Bestimmungen im DSG über die Zustimmung zur Verwendung personenbezogener Daten starke Argumente für die Heranziehung der Regeln über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit sprechen, kann dies jedoch allein im Wege der Auslegung der fraglichen Gesetzesbestimmungen nicht eindeutig bestätigt werden. Dazu kommt, dass dem *telos* des DSG möglicherweise die Schutzbestimmung des ABGB zugunsten Minderjähriger (§ 21 ABGB) entgegen zu halten ist. Der Widerstreit bzw das Spannungsverhältnis zwischen diesen Zwecken (Selbstbestimmung versus Schutzprinzip) kann im Wege der schlichten Interpretation nicht aufgelöst werden. Jede Lösung zu Gunsten des einen und zu Lasten des anderen würde letztlich auf bloßen Spekulationen beruhen.

Resümierend ist daher festzuhalten, dass keine Auslegungsmethode eine endgültige und eindeutige Anwendbarkeit einer der beiden im ABGB vorgesehenen Möglichkeiten der Geschäftsfähigkeit (ie Fähigkeit eines Minderjährigen, eigenbestimmt zu handeln) für den Bereich des Datenschutzrechts bestätigt. Insofern ist von einer Unvollständigkeit des DSG auszugehen. Eine konkrete Regelung, wie man einem minderjährigen Betroffenen iSd DSG gegenüber treten kann oder soll, fehlt und lässt sich auch nicht – wie soeben aufgezeigt – im Wege der Auslegung herausfinden.

Das DSG erweist sich sohin als *unvollständig und lückenhaft*²⁹⁷. Es legt nicht fest (und es lässt sich auch nicht durch Interpretation eindeutig ermitteln), ob auch Minderjährige die Voraussetzungen erfüllen (können), um im Zusammenhang mit datenschutzrelevanten Fragen selbst handeln, dh gegebenenfalls selbst eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung abgeben zu können.

Es sind daher die Voraussetzungen für die Anwendung einer Analogie, nämlich das Vorliegen einer Regelungslücke sowie Unanwendbarkeit der Interpretationsmethoden bzw deren Unzureichen, erfüllt. Nunmehr soll eine Klärung der Frage, ob auch Minderjährige selbst einer Verarbeitung ihrer Daten zustimmen können, unter Anwendung von Analogien angestrebt werden.

Hierfür sollen zunächst Vergleiche mit Regelungen, die dem öffentlichen Recht entstammen, angestellt werden. Erst bei Erfolglosigkeit dieses Analogieversuches soll – der Anordnung des § 9 AVG folgend – auf privatrechtliche Regelungen zurückgegriffen werden.

5 § 19 StbG, § 16 AsylG oder § 361 ASVG als Analogiebasis?

Die systematisch-logische Auslegung hat gezeigt, dass das öffentliche Recht keine autonome Definition der Geschäftsfähigkeit bereit hält. Wird in einzelnen Verwaltungsvorschriften auf die Geschäftsfähigkeit Bezug genommen so geschieht dies entweder durch einen pauschalen Verweis auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit des bürgerlichen Rechts (so zB in § 9 AVG oder § 79 BAO) oder durch Normierung einer auf einen speziellen Fall zugeschnittenen Geschäftsfähigkeitsregelung.

Auch die teleologische Interpretation der Geschäftsfähigkeit im Rahmen des DSG hat letztlich nur zu dem Ergebnis geführt, dass die Regelungen des bürgerlichen Rechts

²⁹⁷ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) 198f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 27f.

anzuwenden sind. Selbst unter Heranziehung aller Interpretationsergebnisse bleibt somit offen, ob im Hinblick auf die Fähigkeit zur Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung die Regeln über die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit oder über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit zur Anwendung gelangen sollen. Zwar ergibt sich, dass nach dem *telos* des DSGVO jedermann soweit wie möglich über die Verwendung seiner personenbezogenen Daten selbst bestimmen können soll. Allerdings lässt sich alleine hieraus keine konkrete Antwort auf die Frage ableiten, ab welchem Alter diese Selbstbestimmung ausgeübt werden kann. Interpretativ lassen sich keine Argumente finden, die eindeutig für die eine (Rechtsgeschäfts-Fähigkeit) oder für die andere Möglichkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) sprechen. Aus diesem Grund liegt eine Lücke vor, welche mittels Analogie geschlossen werden muss. Schließlich kann dem österreichischen Gesetzgeber auch nicht unterstellt werden, dass er die konkrete Frage vollkommen unregelt lassen wollte.

Fraglich ist, ob eine der bereits im Rahmen der systematisch-logischen Interpretation herangezogenen Bestimmungen als Analogiebasis herangezogen werden kann. Für die Gesetzesanalogie ist entscheidend, dass die für einen bestimmten Einzeltatbestand angeordnete Rechtsfolge auf einen dem Wortlaut nach nicht geregelten Sachverhalt erstreckt werden können muss.²⁹⁸ Voraussetzung ist, dass der geregelte und der nicht geregelte Sachverhalt einander ähnlich sind.²⁹⁹

Das Erfordernis, dass sich die einzelnen Bestimmungen *ähnlich* sein müssen, führt dazu, dass die Bestimmung des § 361 Abs 2 ASVG als Analogiebasis nicht in Betracht kommen kann: Die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung läuft auf die Verfügung über ein höchstpersönliches Recht hinaus. Demgegenüber betrifft § 361 ASVG die Einleitung eines sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens betreffend die Feststellung von Leistungsansprüchen; höchstpersönliche oder zumindest personenbezogene Rechte sind von dieser Antragstellung nicht betroffen. Es liegen somit keine Anknüpfungspunkte vor, welche eine analoge Anwendung des § 361 Abs 2 ASVG auf den Fall der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung tragen könnten.

²⁹⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 29 ff.

²⁹⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 29 ff.

Größere Ähnlichkeit mit der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung weisen § 19 StbG aF und § 16 AsylG auf. Das Recht, einen Asylantrag stellen bzw einbringen zu können und das Recht, einen Antrag auf Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft stellen zu können, sind zwar keine untrennbar mit der Person des Antragstellers verbundenen (*höchstpersönlichen*) Rechte. Allerdings können diese auf Antrag der Betroffenen eingeleiteten Verwaltungsverfahren zu einer Gestaltung des höchstpersönlichen Lebensbereichs führen, zB indem die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen wird. Diese beiden Verwaltungsvorschriften weisen somit – anders als das in § 361 ASVG normierte Antragsrecht – zumindest einen mittelbaren Personenbezug auf. Die geringfügigen Unterschiede bzw Abweichungen können im Rahmen der Analogie grundsätzlich außer Betracht bleiben.³⁰⁰

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das System des DSG zwischen sensiblen Daten einerseits und nicht sensiblen Daten andererseits unterscheidet und an diese Unterscheidung nicht nur einen strengeren Schutz für sensible Daten knüpft, sondern – konsequenter Weise – auch die Zustimmungserklärung zur Verwendung sensibler Daten strengeren Anforderungen unterwirft. Daraus folgt mE, dass iZm der Verfügung über sensible bzw nicht sensible Daten auch die an die Geschäftsfähigkeit zu stellenden Voraussetzungen differenziert zu beurteilen sind. Der Grund für diese Unterscheidung liegt darin, dass eine unbedachte Verfügung über sensible Daten schwerwiegendere Folgen haben kann, als dies bei nicht sensiblen Daten der Fall wäre.

Weder § 16 AsylG noch § 19 StbG aF enthalten eine vergleichbare Unterscheidung. In diesem Punkt weichen die zu vergleichenden Sachverhalte daher mE so weit voneinander ab, dass keine Analogie mehr möglich ist. Denkbar sind zwei Varianten: Entweder man wendet die in § 16 AsylG bzw § 19 StbG aF enthaltenen besonderen Regelungen über die Geschäftsfähigkeit ohne Unterschied sowohl auf die Zustimmungserklärung zur Verwendung sensibler Daten als auch auf die Zustimmungserklärung zur Verwendung nicht sensibler Daten an; in diesem Fall würde die dem DSG zugrunde gelegte Unterscheidung zwischen schutzwürdigen Daten und

³⁰⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 29.

besonders schutzwürdigen Daten negiert.

Alternativ besteht die Möglichkeit, die im AsylG bzw im StbG aF enthaltene Regelung nur auf eine der beiden Datenkategorien anzuwenden; in diesem Fall müsste man sich jedoch entscheiden, ob man eine analoge Regelung der Zustimmung zur Verwendung sensibler oder zur Verwendung nicht sensibler Daten annimmt. Mangels konkreter Anhaltspunkte wäre die Auswahl wohl willkürlich zu treffen; für Willkür ist im Bereich der Analogie allerdings kein Platz. Selbst wenn man also die Ansicht verträte, dass diese Bestimmungen zumindest eine partielle Analogie bildeten, so bliebe letztlich ungeklärt, ob sie zur Lückenfüllung betreffend die Abgabe einer Zustimmung zur Verwendung sensibler Daten oder zur Verwendung nicht sensibler Daten heranzuziehen sind.

Aus diesem Grund bilden auch § 16 AsylG und § 19 StbG mE keine geeignete Analogiebasis für die nicht geregelte Frage nach der Geschäftsfähigkeit im Datenschutzrecht.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten:

Im Rahmen dieser Arbeit wurden aus einer Vielzahl von Normen drei Rechtsvorschriften, nämlich § 361 ASVG, § 16 AsylG und § 19 StbG aF, exemplarisch herausgegriffen und analysiert. Diese Analyse hat gezeigt, dass zwischen der (den) auszulegenden bzw ergänzungsbedürftigen Bestimmung(en) über die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung und den potentiellen Analogiebasen ein maßgeblicher Unterschied besteht, welcher eine analoge Anwendung der Rechtsfolgen dieser Bestimmung auf den unregelten Fall der Geschäftsfähigkeit im Datenschutzrecht hindert: Die signifikante datenschutzrechtliche Unterscheidung in sensible und nicht sensible Daten spiegelt sich nicht wider. Es ist daher nicht möglich, unter Heranziehung dieser öffentlich-rechtlichen Bestimmungen die Frage der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht zu klären.

Bemerkenswert ist jedoch die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit nicht nur im bürgerlichen sondern auch im Bereich des

öffentlichen Rechts mehrfach auf das Erreichen der Mündigkeit abstellt. Die Vollendung des vierzehnten Lebensjahres bedeutet somit – im Zusammenhang mit der Handlungs- aber auch der Prozessfähigkeit – einen wesentlichen Wendepunkt im Leben eines Minderjährigen, und zwar nicht nur im Privatrecht sondern auch im öffentlichen Recht.

6 § 42 AMG als Analogiebasis?

Die Einwilligung in eine klinische Prüfung gemäß § 42 AMG³⁰¹ weist mehr Parallelen zur datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung auf als die in Punkt 5 dargestellten Bestimmungen: In beiden Fällen wird unmittelbar über ein höchstpersönliches Recht disponiert. Während im Fall der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung das höchstpersönliche Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten betroffen ist, willigt der Minderjährige im Fall des § 42 AMG in einen (möglicherweise mit schwerwiegenden oder nachhaltigen Beeinträchtigungen verbundenen) Eingriff in seine körperliche Integrität ein. Zusätzlich zur Einwilligung des Minderjährigen ist daher die Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters (Erziehungsberechtigten) erforderlich.³⁰²

Auf den ersten Blick spricht daher vieles für die analoge Anwendung der Regelung in § 42 AMG auf den nicht geregelten Fall der Zustimmung Minderjähriger im Datenschutzrecht. Dagegen spricht jedoch auch hier die Tatsache, dass das DSG deutlich zwischen der Verwendung sensibler und der Verwendung nicht sensibler Daten unterscheidet und auch im Zusammenhang mit der Zustimmung zur Verwendung sensibler Daten strengere Anforderungen aufstellt.³⁰³

§ 42 AMG trifft diese Unterscheidung nicht. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung würde daher zu einer gänzlichen Gleichbehandlung der (Zustimmung zur) Verwendung sensibler und nicht sensibler Daten führen. Dies wiederum widerspräche

³⁰¹ § 42 AMG idF BGBl I 2004/35.

³⁰² *Füszl/Semp*, Pharmazeutische Vorschriften (29. Ergänzungslieferung) § 42 Arzneimittelgesetz Anm 7.

³⁰³ Vgl § 8 Abs 1 Z 2 DSG (... *der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat* ...) und § 9 DSG (...*der Betroffene seine Zustimmung zur Verwendung der Daten ausdrücklich erteilt hat* ...).

mE dem eindeutigen *telos* des DSG.³⁰⁴ Aus diesem Grund ist auch § 42 AMG nicht vorbehaltlos als Analogiebasis geeignet.

Mangels geeigneter analogiefähiger Vorschriften im öffentlichen Recht, sind diejenigen Bestimmungen heranzuziehen und auf ihre Eignung als Analogiebasis für den konkreten Fall zu untersuchen, welche die Wurzel bzw Basis für sämtliche Geschäftsfähigkeitsfragen im öffentlichen Recht sind: die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit. Dies ist zugleich logische Folge und Konsequenz der Anordnung des § 9 AVG oder auch des § 79 BAO. Diese Paragraphen legen nämlich fest, dass nur Sonderbestimmungen in öffentlich-rechtliche Vorschriften aufzunehmen sind, während bei deren Fehlen die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die Rechts- und Handlungsfähigkeit anzuwenden sind.

Es soll also nicht Ziel und Zweck der Verwaltungsvorschriften sein, vom Privatrecht abweichende Grundsätze über die Rechts- und Handlungsfähigkeit zu normieren, sondern diese lediglich für besondere Erfordernisse des öffentlichen Rechts zu adaptieren. Mitunter macht aber gerade die besondere Zielsetzung einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift eine Anpassung der Rechts- und Handlungsfähigkeit erforderlich. Die Parameter für solche Anpassungen müssen sodann in den jeweiligen öffentlich-rechtlichen Rechtsquellen gesucht werden. Wenn es eine besondere Regelung in einer betreffenden Verwaltungsvorschrift nicht gibt, widerspricht eine analoge Anwendung der grundlegenden privatrechtlichen Vorschriften daher nicht den Intentionen des § 9 AVG oder des § 79 BAO. Ein solcher Fall liegt bei der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung vor.

Für nähere Festlegungen ergibt sich somit das Erfordernis, auch auf bürgerlich-rechtliche Vorschriften zurückzugreifen, um die Frage nach der Handlungsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht, konkret: nach deren Geschäftsfähigkeit, einer Lösung zuführen zu können.

³⁰⁴ Vgl auch oben Punkt 5.

7 Privatrechtlich orientierte Lösungsansätze

Aufgrund der Tatsache, dass die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über die Rechts- und Handlungsfähigkeit entweder auf die zivilrechtlichen Bestimmungen der Rechts- und Handlungsfähigkeit verweisen (zB § 9 AVG, § 79 BAO) oder diese zivilrechtlichen Bestimmungen für besondere Anforderungen lediglich adaptieren, aber keine separate öffentlich-rechtliche Geschäftsfähigkeit normieren, bilden auch zivilrechtliche Bestimmungen über die Rechts- und Handlungsfähigkeit mögliche Analogiebasen für die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht.

7.1 Anwendung des § 151 ABGB auf die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung?

7.1.1 Gesetzliche Grundlagen

§ 151 ABGB regelt in Zusammenschau mit § 865 ABGB die Handlungs-, insbesondere jedoch die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

Nach Abs 1 dieser Bestimmung können unmündige und mündige Minderjährige nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftliche Verfügungen treffen und sich verpflichten. Diese Einwilligung ist zwar grundsätzlich nur für ein bestimmtes Rechtsgeschäft zu erteilen, jedoch besteht daneben auch die Möglichkeit, dass der gesetzliche Vertreter im Vorhinein eine Einwilligung zur Vornahme von bestimmten Rechtsgeschäften für einen genau abgesteckten Geschäftskreis erteilt.³⁰⁵

Die Regelungen des § 151 ABGB sind nicht nur auf zweiseitige, sondern auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anzuwenden.³⁰⁶

³⁰⁵ *Stabentheiner in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 151, Rz 1.

³⁰⁶ *Stabentheiner in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 151, Rz 2.

§ 151 Abs 2 ABGB sieht eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit für mündige Minderjährige vor, wonach diese über Sachen, die ihnen zur freien Verfügung überlassen worden sind, selbst disponieren können; darüber hinaus ordnet diese Bestimmung an, dass mündige Minderjährige über ihr Einkommen aus eigenem Erwerb so weit verfügen und sich verpflichten können, als dadurch nicht die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse gefährdet wird.

Der Begriff der *Sachen* erfasst im Anwendungsbereich des ABGB grundsätzlich nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch Rechte. Zur *freien Verfügung überlassen* bedeutet in diesem Zusammenhang, dass von der Überlassung nicht nur der Gebrauch, sondern auch der Verbrauch der Sache durch den Minderjährigen erfasst sein muss, was typischerweise bei Taschengeld und Geldgeschenken ohne Zweckwidmung der Fall ist.³⁰⁷

§ 151 Abs 2 ABGB, wonach Minderjährige über Einkünfte aus eigenem Erwerb selbst verfügen können, kann für die Beantwortung der konkreten Frage nach der Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen im Datenschutzrecht nicht weiterhelfen. Aus den Besonderheiten des (Grund-)Rechts auf Datenschutz folgt nämlich, dass dieses Recht nicht unter die Definition des § 151 Abs 2 ABGB subsumiert werden kann:

Beim Recht auf Datenschutz handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, das an der betreffenden Person haftet. § 1393 ABGB normiert, dass Rechte, die der Person im Sinne des § 1393 ABGB *ankleben*, in Folge des Todes des Betreffenden erlöschen. Daraus folgt, dass höchstpersönliche Rechte nicht abgetreten, veräußert oder verschenkt werden können. Dies macht deutlich, dass diese besondere Kategorie von Rechten nicht als Gegenstand des allgemeinen Geschäftsverkehrs betrachtet werden kann und soll. Gerade diesen alltäglichen Geschäftsverkehr hat aber § 151 ABGB vor Augen.

Folglich ist meines Erachtens das Grundrecht auf Datenschutz dem Geschäftsverkehr als Gegenstand eines Rechtsgeschäfts im Sinne des § 151 ABGB entzogen:

³⁰⁷ *Stabentheiner in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 151, Rz 5.

Ausschlaggebend für diese Einschätzung ist, dass es sich bei dem Grundrecht auf Datenschutz aufgrund der Höchstpersönlichkeit um kein *veräußerbare Gut* im Sinne des ABGB handelt, welches im Austausch für ein anderes Gut gegeben oder verschenkt werden kann. Das höchstpersönliche Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten fällt auch nicht unter die Definition der Einkünfte im Sinne des § 151 Abs 2 ABGB, die *erworben* werden können.

§ 151 ABGB trifft somit zwar für den Bereich des Privatrechts und – sofern keine Sonderregelungen bestehen – auch für das öffentliche Recht wichtige Aussagen über die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit eines Menschen. Da das Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten allerdings kein Gegenstand des Geschäftsverkehrs ist, können die Grundsätze des § 151 Abs 2 ABGB nicht auf die Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht angewendet werden.

Zu überprüfen ist des Weiteren, ob § 151 Abs 3 ABGB analog anwendbar ist.

§ 151 Abs 3 ABGB normiert, dass ein Rechtsgeschäft, welches von einem Minderjährigen abgeschlossen wird, rückwirkend rechtswirksam wird, wenn der Minderjährige diejenigen Pflichten erfüllt, die ihn treffen. Das bedeutet, dass derartige Rechtsgeschäfte von *allen* Minderjährigen ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters geschlossen werden können.

§ 151 Abs 3 ABGB bindet den eigenberechtigten (anderen) Vertragspartner an seine rechtsgeschäftliche Willenserklärung: Er muss leisten.³⁰⁸ Ihm selbst kommt jedoch gegenüber dem Minderjährigen kein Anspruch auf Erfüllung zu.³⁰⁹ Voraussetzung für die Heilung durch Erfüllung ist entsprechend der expliziten Anordnung in dieser Gesetzesbestimmung einerseits, dass derartige Rechtsgeschäfte von Minderjährigen des jeweils entsprechenden Alters üblicherweise geschlossen werden, und andererseits, dass das in Frage stehende Rechtsgeschäft eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft.

³⁰⁸ *Stabentheiner in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 151, Rz 9.

³⁰⁹ *Stabentheiner in Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 151, Rz 9.

7.1.2 Prüfung der Anwendbarkeit des § 151 Abs 3 ABGB

Die Prüfung der Vergleichbarkeit des § 151 Abs 3 ABGB mit der Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht umfasst drei Elemente:

Zunächst ist festzustellen, ob die Zustimmung zur Verwendung von Daten ein Rechtsgeschäft im Sinne dieser bürgerlich-rechtlichen Regelung ist.

Sofern diese Frage zu bejahen ist, muss geprüft werden, ob es sich bei einem derartigen Rechtsgeschäft, welches eine Verfügung über personenbezogene Daten eines Minderjährigen zum Inhalt hat, um ein *alterstypisches* handelt. Das heißt, es muss untersucht werden, ob es von Minderjährigen dieses Alters üblicherweise geschlossen werden kann und in der Praxis auch tatsächlich geschlossen wird.

Schlussendlich ist zu klären, ob dieses Geschäft eine *geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens* im Sinne des § 151 Abs 3 ABGB betrifft.

7.1.2.1 Vorliegen eines Rechtsgeschäfts

Ein Rechtsgeschäft liegt dann vor, wenn diesem *Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind*³¹⁰, zugrunde liegen.

Auf die Frage, ob die Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht als *Willenserklärung* zu verstehen ist, stellt § 4 Z 14 DSG selbst eine Antwort zur Verfügung. Diese Gesetzesbestimmung definiert die *Zustimmung* als die *gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt*.

³¹⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 96.

Demgegenüber ist im Falle der Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung nicht eindeutig im Gesetz verankert oder definiert, dass es sich bei dieser Erklärung um eine Willenserklärung handelt. Im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung als Willenserklärung qualifiziert werden kann, wurden daher Diskussionen darüber geführt, wie eine auf den Abschluss Rechtsgeschäfts abzielende Willenserklärung ausgestaltet sein muss.³¹¹ Derartige Diskussionen erübrigen sich aufgrund der oben wiedergegebenen expliziten gesetzlichen Definition.

Der Begriff der *Willenserklärung* entstammt dem bürgerlichen Recht. Dessen Bedeutungsinhalt kann auch auf das öffentliche Recht übertragen werden.³¹² Aus diesem Grund bestehen hinsichtlich der Frage, was unter einer Willenserklärung im Datenschutzrecht zu verstehen ist, keine Unklarheiten. Das wiederum bedeutet, dass es sich bei der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung um eine Willenserklärung handelt, die auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge bzw einer Rechtsgestaltung gerichtet ist.³¹³

Im konkreten Fall liegt ein sog einseitiges Rechtsgeschäft vor. Es bedarf keiner korrespondierenden Willenserklärung des Erklärungsempfängers, der die Daten zu verarbeiten beabsichtigt. Dieser muss die Zustimmungserklärung also nicht förmlich annehmen oder gar erwidern. Er ist insb auch zu keiner unmittelbaren Gegenleistung verpflichtet. Eine solche Pflicht kann sich allerdings aus dem separat bzw parallel zur Abgabe der Zustimmungserklärung abgeschlossenen Rechtsgeschäft ergeben. Pflichten gegenüber dem Betroffenen ergeben sich auch aus dem DSGVO.

§ 151 Abs 3 ABGB erfasst unzweifelhaft jedes Rechtsgeschäft. Somit fallen auch einseitige Rechtsgeschäfte in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung. Fraglich ist jedoch, ob die Erklärung der Zustimmung zu einem Eingriff in ein höchstpersönliches

³¹¹ *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293; *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 151, Rz 14.

³¹² *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 422ff; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 97 sowie oben Punkt 1.5.1.

³¹³ *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen (Teil II), ÖJZ 2004/7.

Recht eine Verfügung über ein Rechtsgut ist, welches vom sachlichen Geltungsbereich des § 151 Abs 3 ABGB erfasst werden soll.³¹⁴ Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, den Begriff des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 151 Abs 3 ABGB näher zu analysieren.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 151 Abs 3 ABGB umfasst nicht nur das obligatorische Grundgeschäft sondern auch die sachenrechtliche Verfügung über eine Sache.³¹⁵ Die Beurteilung, ob ein Minderjähriger über eine Sache verfügungsberechtigt ist, löst keine Schwierigkeiten aus, solange es um geringfügige Geldbeträge (Geldgeschenke, Taschengeld) geht. Da Minderjährige regelmäßig kleinere Geschäfte tätigen, indem sie beispielsweise einen Kaugummi oder andere Süßigkeiten erstellen, sind solche Verfügungen in der Regel wohl von den ihnen gem § 151 Abs 3 ABGB zukommenden Befugnissen gedeckt.

Bei größeren Geldbeträgen mag es im Hinblick auf die dem § 151 Abs 2 ABGB zugrunde gelegten Wertungen sinnvoll und angemessen erscheinen, anhand des leicht erkundbaren Alters des Minderjährigen die Entscheidung zu treffen, ob eine Hinterfragung der Verfügungsbefugnis des Minderjährigen erforderlich ist. Anhaltspunkte bietet hier unter anderem die Altersüblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts.³¹⁶ Bei Geldgeschäften wächst typischerweise die Höhe der eingenommenen und ausgegebenen Geldbeträge sukzessive mit dem Heranwachsen eines Minderjährigen. Aus diesem Grund sind gewisse Rechtsgeschäfte für mündige Minderjährige alterstypisch, während dies für dieselben Geschäfte unmündiger Minderjähriger nicht zutrifft.

Das bedeutet, dass der Minderjährige – soll die Bestimmung des § 151 Abs 3 ABGB zur Anwendung gelangen – über sein Recht auf Datenschutz selbst verfügen können muss. In diesem Zusammenhang muss jedoch berücksichtigt werden, dass es bei der Frage nach der Gültigkeit einer von einem Minderjährigen abgegebenen

³¹⁴ Vgl zur parallelen Problematik im Bereich der Zustimmung zu medizinischen Heilbehandlungen *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293.

³¹⁵ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB Kommentar³ (2000) § 151, Rz 9.

³¹⁶ Siehe sogleich, Punkt 7.1.2.2.

Zustimmungserklärung weder um den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gegen Geld noch um einen anderen Austausch von materiellen Gütern geht. *Betroffen* von der Zustimmungserklärung im Sinne des Datenschutzgesetzes ist ein Grundrecht, dessen Schutzzumfang durch eine freiwillige Willenserklärung autonom gestaltet bzw eingeschränkt werden kann. Die Gestaltung eines Grundrechts unterscheidet sich massiv von einem Gütertausch im Sinne der genannten Bestimmung. Es finden sich auf dieser Vergleichsebene sohin keine Übereinstimmungen. Meines Erachtens liegt im Fall der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung daher kein typisches Rechtsgeschäft vor, wie es § 151 Abs 3 ABGB vor Augen hat. Aus diesem Grund ist § 151 Abs 3 ABGB als Analogiebasis nicht geeignet.

Diese These wird anhand der weiteren in § 151 Abs 3 ABGB normierten Anwendbarkeitsvoraussetzungen nur noch mehr untermauert. Angesprochen sind hiermit die bereits oben angesprochene Alterstypizität, dh die Üblichkeit des Geschäfts unter Gleichaltrigen, und die Frage, ob die Willenserklärung eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft.

7.1.2.2 Alterstypizität

§ 151 Abs 3 ABGB setzt voraus, dass es sich bei dem Rechtsgeschäft, welches durch Erfüllung geheilt werden kann, um ein solches handeln muss, welches Minderjährige desselben Alters üblicherweise schließen.

Hinsichtlich der Üblichkeit der in Frage stehenden Handlung ließe sich nicht zu Unrecht ins Treffen führen, dass sich die Verhältnisse seit dem erstmaligen Inkrafttreten des § 151 Abs 3 ABGB naturgemäß geändert haben und die Jugendlichen von Jahr zu Jahr, den technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen folgend, andere Bedürfnisse haben als etwa zur Zeit der Schaffung des § 151 Abs 3 ABGB oder auch nur vor zehn Jahren. Aus diesem Grund werden, abhängig vom jeweiligen gesellschaftlichen und technischen Entwicklungsstandard auch vollkommen andere Tätigkeiten bzw der

Erwerb unterschiedlicher Güter als alterstypisch empfunden (werden).

Die Subsumtion eines Sachverhalts unter diesen Tatbestand darf daher jedenfalls nicht an versteinerten Begriffsbestimmungen scheitern, sondern muss dem Wandel der Zeit angepasst werden. Dennoch ist die pauschale Einstufung der Abgabe einer Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht als alterstypisch aus folgendem Grund fraglich: Anders als bei der Verfügung über einen dem Minderjährigen überlassenen Geldbetrag oder sonstigen Gegenstand, handelt es sich bei der Disposition über das Datenschutzrecht um eine Verfügung, die ein Grundrecht betrifft.

Wenngleich heutzutage nicht nur minderjährige sondern auch volljährige Personen viel zu leichtfertig mit den eigenen personenbezogenen Daten umgehen, darf im Rahmen dieser Untersuchung niemals die Tatsache aus den Augen verloren werden, dass von der Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSGVO ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes höchstpersönliches Recht betroffen ist. Dass eine Disposition über ein derartiges Recht trotz immer weiter reichender, zT gesellschaftlich bedingter,³¹⁷ Bedürfnisbefriedigungstendenzen seitens der Minderjährigen und einer generell zu bemerkenden Leichtfertigkeit auf diesem Gebiet als alterstypisches Geschäft verstanden werden kann, ist daher meines Erachtens in Frage zu stellen.

Unterstellt man, dass die Abgabe von datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärungen trotz der oben geäußerten Bedenken (abstrakt) alterstypisch sein kann (dh damit grds unter § 151 Abs 3 ABGB fällt), so ist im Hinblick auf die Anwendung dieser Bestimmung nach wie vor offen, ab welchem Alter Minderjährige typischerweise über die Verwendung ihrer Daten verfügen können dürfen; maW: Ab welchem Alter ist die Abgabe von datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärungen alterstypisch?

Ungeklärt wäre bei Bejahung der Anwendbarkeit des § 151 Abs 3 ABGB außerdem, ob von Minderjährigen abgegebene Zustimmungserklärungen nur hinsichtlich nicht sensibler oder aber auch hinsichtlich sensibler Daten rechtswirksam sind.

³¹⁷ So zB die Teilnahme am Social Networking, insb Facebook.

Im Übrigen gilt es zudem anzumerken, dass selbst dann, wenn man der Auffassung ist, dass die Abgabe von datenschutzrechtlich relevanten Zustimmungserklärungen für mündige (vielleicht aber auch unmündige Minderjährige) eine alterstypische Handlung ist, für eine analoge Anwendung des § 151 Abs 3 ABGB noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Eine dieser Voraussetzungen besagt, dass die Willenserklärung eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betreffen muss.

7.1.2.3 Geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens

Die Fälle, die als geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens zu qualifizieren sind, können nicht abschließend aufgezählt werden. Eindeutig geringfügig ist zum Beispiel der stets als Schulbeispiel angeführte Kauf einer Wurstsemmel oder eines Straßenbahnfahr Scheines.³¹⁸ Problematisch wird die Abgrenzung bereits dann, wenn es um den Erwerb eines angemeldeten Mobiltelefons, die Eröffnung eines Girokontos oder den Abschluss eines Versicherungsvertrages geht.³¹⁹

§ 151 Abs 3 ABGB soll wohl in erster Linie *sogleich abzuwickelnde (Bar-)Geschäfte*³²⁰ erfassen. Charakteristisch für diese Geschäfte ist, dass ihnen ein Austauschverhältnis zugrunde liegt. Dieses Charakteristikum ist relevant, weil die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung nicht zu einem unmittelbaren Austausch von Ware oder einer Leistung gegen Geld führt. Vielmehr übt der Jugendliche eine einseitige Rechtsgestaltung aus, selbst wenn die Zustimmungserklärung anlässlich eines mit dem Erklärungsempfänger abgeschlossenen (anderen) Rechtsgeschäfts abgegeben wird.³²¹ Die Zustimmung kann eine Rechtsgrundlage für die Verwendung personenbezogener Daten bilden.

Die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung muss – auch unter dem Blickwinkel der Freiwilligkeit ihrer Abgabe – stets separat von einem allfällig parallel

³¹⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 55.

³¹⁹ *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen (Teil I), ÖJZ 2004/4.

³²⁰ *Stabentheiner*, in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2000) § 151 Rz 9.

³²¹ *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421.

abgeschlossenen Rechtsgeschäft betrachtet werden. Sofern nämlich die Verwendung personenbezogener Daten zur Erfüllung des Vertrages unbedingt erforderlich ist, benötigt der Leistungspflichtige für die Datenverarbeitung keine Zustimmung. In diesem Fall ist er hierzu idR schon aufgrund eines eigenen überwiegenden Interesses an der Vertragserfüllung gegenüber dem Betroffenen berechtigt. Nur dann, wenn er Daten für einen anderen Zweck als die Vertragserfüllung verwenden will (zB Weitergabe der Daten an Dritte zwecks Zusendung von Werbeinformationen), und hierfür keine andere Rechtsgrundlage besteht, benötigt er die Zustimmung des Betroffenen.

Im Übrigen spricht auch im Zusammenhang mit der *Geringfügigkeit* die Eigenschaft des Datenschutzrechts als höchstpersönliches Recht gegen die Anwendbarkeit des § 151 Abs 3 ABGB. Zu diesem Ergebnis führt schon die wörtliche Interpretation des Begriffes: So ist das Wort *geringfügig* gleichzusetzen mit *unbedeutend*.³²² Die Verfügung über ein höchstpersönliches Recht, das darüber hinaus ein Grundrecht ist, als *unbedeutend* einzustufen, widerspricht demgegenüber dem dem § 151 Abs 3 ABGB zugrunde liegenden Gedanken.

Folglich ist die Zustimmungserklärung gem § 4 Z 14 DSG keine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens iSd § 151 Abs 3 ABGB. Wie bereits oben ausgeführt, liegt auch kein alterstypisches Geschäft vor. Meines Erachtens handelt es sich bei dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten höchstpersönlichen Recht auf Datenschutz (Grundrecht) sohin nicht um ein solches, wie es von § 151 Abs 3 ABGB erfasst sein soll.

Der Vollständigkeit halber sei noch ein Detailproblem angeführt: § 151 Abs 3 ABGB erfordert die Erfüllung der *das Kind treffenden Pflichten*, damit das Rechtsgeschäft rückwirkend rechtswirksam wird. Demgegenüber muss eine rechtswirksame datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung freiwillig, dh gerade nicht in Erfüllung einer Pflicht, abgegeben werden.³²³ Es würde somit den Definitionen des DSG zuwider laufen, wollte man die Abgabe einer Zustimmungserklärung als Verpflichtung eines

³²² Vgl zB ÖBV Pädagogischer Verlag GmbH (Hrsg.), Österreichisches Wörterbuch³⁸ (1997) 323.

³²³ Vgl § 4 Z 14 DSG.

Minderjährigen qualifizieren. Dies gilt mE selbst dann, wenn der Vertragspartner iSd § 151 Abs 3 ABGB keinen Anspruch auf Erfüllung hat. Es genügt, wenn der betroffene Minderjährige glaubt, dass er die Zustimmungserklärung abgeben (maW: in *Erfüllung einer ihn treffenden Pflicht* handeln) muss, um die vom DSG geforderte Voraussetzung der Freiwilligkeit auszuschließen.

7.1.3 Zusammenfassung

§ 151 ABGB, insbesondere dessen Abs 3, ist eindeutig auf einen Leistungsaustausch zwischen einem Minderjährigen und seinem Geschäftspartner gerichtet. Diese Bestimmung erfasst also typischerweise den Austausch von Geld gegen Waren oder von Geld gegen Dienstleistungen. Demgegenüber liegt der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung zwar *per definitionem* eine Willenserklärung, jedoch kein Austauschverhältnis im Sinn des § 151 ABGB zugrunde.

Die Erteilung einer Zustimmung erfolgt nicht als *Gegenleistung*, sie wird also nicht geschuldet, wie dies zB § 151 Abs 3 ABGB vor Augen hat. Sie darf auch nicht im Austausch für eine andere Leistung gegeben werden. Dies folgt schon aus der Legaldefinition des § 4 Z 14 DSG, die ausdrücklich auf die *Freiwilligkeit* der Willenserklärung abstellt. Der Zustimmungserklärung liegt vielmehr das Konzept eines partiellen Verzichts auf den Schutz durch das DSG oder – mit anderen Worten – einer Rechtsgestaltung zugrunde: Im Vordergrund steht bei der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung ein einseitiger Akt. Die Verwendung der Daten beruht somit gerade nicht auf einer unmittelbaren Gegenleistung; aufgrund der Legaldefinition darf sie dies auch gar nicht. Es fehlen also die für ein Austauschverhältnis charakteristischen Elemente von *Leistung* und *Gegenleistung*.

Freilich liegt auch der Abgabe einer Zustimmungserklärung eine bestimmte Motivation zugrunde; diese ist jedoch keinesfalls mit einer Leistung oder Gegenleistung gleichzusetzen: Auch ein Geschenkgeber schenkt aufgrund eines bestimmten Motivs.

Fazit ist daher, dass der Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung zwar Motive, Überlegungen, gegebenenfalls auch Erwartungen des Erklärenden zugrunde liegen (können); bloße Erwartungshaltungen begründen jedoch noch keinen unmittelbaren Leistungsaustausch zwischen dem Betroffenen und dem Erklärungsempfänger.

Eine Parallele zum Sachverhalt, wie er § 151 Abs 3 ABGB (Stichwort *Wurstsemmelfall*) zugrunde liegt, besteht im Zusammenhang mit der Abgabe einer Zustimmungserklärung aus all diesen Gründen nicht. Weil der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung kein Austauschverhältnis zugrunde liegt, bzw weil es sich beim Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten um ein nicht verkehrsfähiges höchstpersönliches Recht handelt, kann § 151 ABGB nicht herangezogen werden, um Rückschlüsse über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht zu ziehen. Die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung lässt sich daher nicht in die von § 151 ABGB vorgegebenen Schablonen einordnen.

Insbesondere die Komplexität und Individualität des Grundrechts auf Datenschutz macht andere Beurteilungsmaßstäbe erforderlich als die in der Bestimmung des § 151 Abs 3 ABGB vorgegebenen, für die Gewährleistung eines möglichst reibungslos ablaufenden alltäglichen Geschäftsverkehrs jedoch unbedingt erforderlichen Schemata.

Die in den §§ 151, 865 ABGB definierte Rechtsgeschäfts-Fähigkeit ist aus diesen Gründen nicht als Analogiebasis geeignet.

7.2 Analoge Anwendung des § 146c ABGB (Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung)

Mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001³²⁴ hat der Begriff der *Einsichts- und Urteilsfähigkeit* Einzug in das ABGB gehalten und die bestehenden Regelungen über die Geschäftsfähigkeit für den Bereich der medizinischen Heilbehandlung auf sinnvolle

³²⁴ BGBl Nr. I 2000/135.

Weise ergänzt. Hierdurch wurden die in den §§ 151, 865 ABGB vorgegebenen starren Altersgrenzen durchbrochen.³²⁵ Der Rechtsstellung des Kindes/Minderjährigen wurde durch dieses Gesetz eine deutliche Stärkung verliehen und dessen Selbstbestimmungsrecht betont.³²⁶

§ 146c ABGB normiert in seinem Abs 1, dass nur das einsichts- und urteilsfähige Kind selbst Einwilligungen in medizinische Heilbehandlungen erteilen kann. Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit setzt sich aus einem *kognitiven (Fähigkeit, Grund und Bedeutung einer Behandlung einzusehen)* und einem *voluntativen (Fähigkeit, seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen)* Element zusammen.³²⁷ Hinsichtlich des Vorliegens dieser Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird zwar eine gesetzliche Vermutung aufgestellt, wonach bei mündigen Minderjährigen (das heißt, ab Vollendung des 14. Lebensjahres³²⁸) davon ausgegangen werden kann, dass diese über die für die konkrete Entscheidung erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen. Allerdings muss die konkrete Prüfung anhand des individuellen Einzelfalls erfolgen; Kriterien für die Prüfung sind die intellektuelle, psychisch-emotionale und soziale Reife, der Gesundheitszustand, die Schwere des Eingriffs, die Folgen und Risiken der Durchführung einerseits sowie die Folgen der Nichtdurchführung der Behandlung.³²⁹

Diese Regelung stellt somit nicht mehr auf die, den §§ 151, 865 ABGB zu entnehmende, insbesondere den Verkehrssicherheits- und Rechtssicherheitsgründen Rechnung tragende altersabhängige (und damit *starre*) Rechtsgeschäfts-Fähigkeit ab, sondern auf ein flexibleres System, das sich an der individuellen Reife des Minderjährigen orientiert. Nur dann, wenn es offensichtlich an der für den geplanten Eingriff notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt, ist die Zustimmung derjenigen Person erforderlich, der die Pflege und Erziehung obliegt.

³²⁵ Ausnahmen fanden sich vereinzelt schon zuvor insbesondere im Sachwalterschaftsrecht sowie im engen Rahmen des § 151 Abs 3 ABGB.

³²⁶ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³, 1. ErgBd (2003) § 146c, Rz 1; *Haidenthaler*, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen, RdM 2001, 163; *Fischer-Czermak*, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293.

³²⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³, 1. ErgBd (2003) § 146c, Rz 3 mwN.

³²⁸ § 21 Abs 2 ABGB.

³²⁹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³, 1. ErgBd (2003) § 146c, Rz 3.

Demgegenüber sind für den Abschluss des Behandlungsvertrages mangels sondergesetzlicher Regelung nach wie vor die allgemeinen, oben behandelten Rechtsgeschäfts-Fähigkeitsregeln maßgeblich.³³⁰

7.2.1 Das Recht auf körperliche Integrität als höchstpersönliches Recht

Wie oben bereits festgehalten, wird ein höchstpersönliches Recht durch die in seiner Natur wurzelnde enge Verbindung mit den Gefühlen sowie der seelischen und körperlichen Befindlichkeit des Betroffenen charakterisiert.³³¹ Ein höchstpersönliches Recht steht in einer derart engen Verbindung zu einer Person, dass es bei deren Tod gemeinsam mit ihr untergeht.³³² Eine Anwendung dieser Definition auf die Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung einerseits bzw auf die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung andererseits führt zu folgendem Ergebnis:

Beim Recht auf Datenschutz handelt es sich anerkanntermaßen um ein *höchstpersönliches Recht*.³³³ Höchstpersönliche Rechte kommen einem Minderjährigen ebenso wie einem Volljährigen zu.³³⁴ Es handelt sich daher um ein *angeborenes Recht* im Sinne des § 16 ABGB, welches jedermann und unabhängig vom Alter zusteht und das an der Person haftet.³³⁵

Bei einer Heilbehandlung kommt es zu einem Eingriff in die *körperliche Integrität*. Für den Bereich des öffentlichen Rechts ist das Recht auf körperliche Integrität in dem im Verfassungsrang stehenden Art 85 B-VG, Art 2 EMRK sowie im 13. ZP-MRK verbrieft. Es handelt sich ebenfalls um ein dem Menschen angeborenes Recht.

³³⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³, 1. ErgBd (2003) § 146c, Rz 10.

³³¹ *Hofmann*, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37 (136).

³³² Vgl auch §§ 1448, 1393 ABGB.

³³³ DSK, Bescheid 12.09.2003, K202.028/006-DSK/2003.

³³⁴ Vgl auch Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 5; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 5.

³³⁵ *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421; entsprechende Hinweise auch in *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 829.

Nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber Privaten kann man sich auf das Recht auf körperliche Integrität berufen und bei Erfüllung besonderer, hier nicht näher zu behandelnder Voraussetzungen, zum Beispiel Schadenersatz beanspruchen. Zudem werden rechtswidrige und schuldhaftige Handlungen gegen Leib und Leben zwischen Privatpersonen durch das Strafrecht pönalisiert. Aufgrund des unstrittig engen Bezugs zur Person des Betroffenen ist das Recht auf körperliche Integrität unzweifelhaft ein höchstpersönliches Recht.

Der (hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit nicht geregelten) Zustimmung im Datenschutzrecht liegt daher ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde wie der (hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit geregelten) Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung. Beiden Sachverhalten ist gemeinsam, dass ein Minderjähriger im Begriff ist, über ein höchstpersönliches Recht zu disponieren.

Neben dieser augenscheinlichen Parallele zwischen der Einwilligung gem § 146c ABGB und der datenschutzrechtlichen Zustimmung liegt noch eine weitere Parallele auf der Hand: Auch im Falle der Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung erhält der Minderjährige keine unmittelbare Gegenleistung bzw ist die Einwilligung auch keine Gegenleistung für eine vom Minderjährigen empfangene Leistung; so wie auch die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung strikt von einem parallel abgeschlossenen Rechtsgeschäft zu trennen ist, ist auch die Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung vom Abschluss des Behandlungsvertrages strikt zu trennen.³³⁶

³³⁶ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³, 1. ErgBd (2003) § 146c, Rz 10; *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293 mwN; *Aigner/Schwamberger*, Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie Information des BMGF, RdM 2004/88, die sogar noch weiter gehen und die Einwilligung selbst als höchstpersönliches Recht einstufen, weil sie Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts sei.

7.2.2 Weitere Parallelen: Information und Abgrenzung von anderen Verträgen

In der Tatsache, dass sowohl im Falle der medizinischen Heilbehandlung als auch im Bereich des Datenschutzrechtes höchstpersönliche, im Verfassungsrang stehende Rechte betroffen sind, liegt eine auffallende Parallele zwischen der Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung und der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung. Darüber hinaus sind die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung und die Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung auch in anderen Bereichen einander ähnlich:

Bei der Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung wird von einem Minderjährigen erwartet, dass dieser eine Entscheidung trifft, die Auswirkungen in der Zukunft nach sich ziehen kann, wobei das konkrete Ergebnis und damit das Risiko nicht von vornherein zur Gänze abschätzbar und kalkulierbar ist. Dies trifft ebenso auf eine von einem Minderjährigen abzugebende datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung zu. Wie eine Operation verlaufen wird, ist manchmal ebenso nicht vorhersehbar wie die Folgen einer Verarbeitung und möglicherweise auch einer Veröffentlichung oder sonstigen Weitergabe von Daten. Bei diesen Entscheidungen ist jeweils das bestehende Risiko mit den möglichen (ggf negativen) und gewünschten positiven Ergebnissen gegeneinander abzuwägen. Voraussetzung für das gegenseitige Abwägen der möglichen Vorteile und Risiken ist eine entsprechende, dh dem Alter des Minderjährigen angepasste, aber dennoch umfassende Information (Aufklärung):

Damit der Minderjährige eine informierte Entscheidung im Zusammenhang mit einer anstehenden medizinischen Heilbehandlung und dem damit verbundenen Eingriff in seine körperliche Integrität treffen kann, ist eine gehörige und umfassende ärztliche Aufklärung notwendig. Ebenso erfordert die Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts im Bereich des Datenschutzrechts eine umfassende Information, andernfalls eine Zustimmungserklärung rechtswirksam nicht abgegeben werden kann.

Die Parallelität setzt sich fort, wo es um die Unterscheidung zwischen der Disposition über das höchstpersönliche Recht an sich und der Entscheidung für/gegen den Abschluss eines separaten, von der Zustimmungserklärung losgelösten Rechtsgeschäfts geht, welches andere Verfügungen als über die höchstpersönliche Rechtsposition zum Inhalt hat: Der Minderjährige hat die Einwilligung zur medizinischen Heilbehandlung grundsätzlich selbst zu erteilen, wobei zur Beurteilung auf seine natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit abgestellt wird. Hingegen werden hinsichtlich des Abschlusses des Behandlungsvertrages keine Sonderregelungen aufgestellt. Hier muss vielmehr auf die althergebrachten Rechtsgeschäfts-Fähigkeitsregelungen des ABGB zurückgegriffen werden.³³⁷

Das Abstellen auf verschiedene Systeme der Geschäftsfähigkeit kann somit ein Auseinanderfallen der Befugnisse eines Minderjährigen im Hinblick auf die Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung einerseits und den Abschluss des Behandlungsvertrages andererseits zur Folge haben. Trotzdem stehen diese beiden Vorgänge stets in einem gewissen Zusammenhang, da die Einholung einer Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung meist erst anlässlich der tatsächlich durchzuführenden Behandlung (Abschluss des Behandlungsvertrages) erforderlich wird und umgekehrt.

Dasselbe gilt auch für die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung. Auch im Hinblick auf das Datenschutzrecht gilt es zu trennen zwischen dem Geschäft, auf das idR der zugrunde liegende Kontrahierungswille gerichtet ist, und der möglicherweise aus diesem Anlass abgegebenen oder mit diesem Vorgang auf sonstige Weise zusammenhängenden Zustimmungserklärung zur Verwendung bestimmter personenbezogener Daten.³³⁸

So kann zB der Fall eintreten, dass ein Minderjähriger anlässlich des Kaufs eines Kinotickets via Internet freundlich gebeten wird, seine Zustimmung zum Erhalt von

³³⁷ *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293 mwN; *Aigner/Schwamberger*, Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie Information des BMGF, RdM 2004/88.

³³⁸ *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421.

elektronischen Werbezusendungen des Kinos aber auch von Dritten abzugeben. Für den Abschluss des eigentlich gewollten *Grundgeschäftes* (ie Kauf des Kinotickets im Internet) ist daher – nach Maßgabe der Bestimmung des § 146c ABGB analog – auf die nach Altersstufen gestaffelte Rechtsgeschäfts-Fähigkeitsregelung zurückzugreifen, für die Abgabe der Zustimmungserklärung (zum Erhalt von Werbe-E-Mails) hingegen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit.

7.2.3 Parallele zur Eingriffsintensität

Einen wichtigen Eckpunkt für die analoge Anwendung der Regeln über die Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung bietet die Tatsache, dass § 146c ABGB zwischen einer *einfachen* Heilbehandlung (im Sinne des Abs 1 leg cit) und einer Heilbehandlung, die *gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist*, unterscheidet. Der Unterschied liegt im Wesentlichen darin, dass der einsichts- und urteilsfähige Minderjährige die Einwilligung in *einfache* medizinische Heilbehandlungen nur selbst erteilen kann, wohingegen bei komplizierten und möglicherweise mit schwerwiegenderen Nachwirkungen verbundenen Heilbehandlungen zusätzlich zur Erklärung des Minderjährigen die Zustimmung der mit der Pflege und Erziehung betrauten Person, also idR eines Elternteils, erforderlich ist.

Im Datenschutzrecht findet sich eine vergleichbare Situation: Es wird unterschieden zwischen *sensiblen Daten* und *nicht sensiblen Daten*, wobei für Ertere ein grundsätzlich strengeres Regime gilt.³³⁹ So bedarf zB eine gültige Zustimmungserklärung für die Verarbeitung sensibler Daten einer ausdrücklichen Willenserklärung (§ 9 Z 6 DSG), während bei nicht sensiblen Daten mangels anderslautender gesetzlicher Anforderungen auch eine konkludente Zustimmung

³³⁹ Gemäß § 18 DSG unterliegt die Verwendung sensibler Daten zB der Vorabkontrolle durch die Datenschutzkommission. Das bedeutet, dass eine Anwendung zur Verarbeitung sensibler Daten erst dann in Betrieb genommen werden darf, wenn die Datenschutzkommission eine diesbezügliche Genehmigung erteilt hat. Das ist ein wichtiger Unterschied zur Verwendung nicht sensibler Daten, die schon ab der Meldung zulässig ist.

möglich ist.

Die Analogie, die sich unter Berücksichtigung dieser Parallelen ziehen lässt, ist, dass Minderjährige bei Vorliegen der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Verarbeitung nicht sensibler Daten selbst, das heißt ohne jedwede Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters, ihre Zustimmung erteilen können, während bei sensiblen Daten eine zusätzliche Erklärung des gesetzlichen Vertreters (zB in Form einer Genehmigung) erforderlich ist.

7.2.4 Resümee

Wie aufgezeigt, sind Ausgangslage und Zielsetzung der Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung durch einen Minderjährigen gemäß § 146c ABGB und der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung durch einen Minderjährigen parallel aufgebaut:

- Sowohl die Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung als auch die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung betrifft ein höchstpersönliches Recht.
- Es ist strikt zu trennen zwischen der Einwilligung bzw Zustimmung und einem parallel dazu abzuschließenden Behandlungsvertrag oder einem sonstigen iZm der Zustimmungserklärung allenfalls abgeschlossenen Rechtsgeschäft.
- Vor der Entscheidung ist in beiden Fällen eine altersgerechte, aber dennoch umfassende und verständliche Aufklärung bzw Information zu erteilen.
- Die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ist dann erforderlich, wenn es um medizinische Eingriffe geht, die schwerwiegende oder nachhaltige Auswirkungen auf gesundheitlicher Ebene nach sich ziehen können, oder eine Verfügung über sensible Daten getroffen werden soll, an deren Verwendung das Datenschutzrecht strengere Maßstäbe anlegt.
- Sowohl § 146c ABGB als auch das DSG sehen vor, dass eine medizinische

Heilbehandlung bzw eine Datenverwendung auch ohne Vorliegen einer Einwilligung bzw Zustimmung durchgeführt werden darf, wenn dies im lebenswichtigen Interesse des betroffenen Minderjährigen liegt und die Zustimmung nicht (rechtzeitig) eingeholt werden kann.³⁴⁰

Wie gezeigt, liegen somit eindeutige Parallelen zwischen der Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung und der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung vor. Die Vergleichbarkeit und damit die Analogiefähigkeit³⁴¹ des § 146c ABGB sind daher eindeutig zu bejahen. Die Tatsache, dass die gesetzlichen Regelungen unterschiedliche Rechtsgüter (körperliche Integrität bzw Geheimsphäre) schützen, steht einer Analogie nicht entgegen. Bei *analoger* Anwendung des § 146c ABGB auf die Erteilung der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung gelten somit folgende Grundsätze:

- Das Erreichen der für den konkreten Einzelfall erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit und nicht das Überschreiten bestimmter, im Vorhinein festgelegter Altersgrenzen ist maßgeblich;
- die gesetzliche Vermutung, dass bei 14-Jährigen die für die Abgabe von Willenserklärungen im Bereich der medizinischen Heilbehandlung erforderlichen geistigen Fähigkeiten vorliegen, kann auch auf den Bereich des Datenschutzrechts übertragen werden;
- die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ist nur bei der Zustimmungserklärung eines Minderjährigen zur Verwendung sensibler Daten erforderlich; und
- die Beschränkung des Erfordernisses der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters auf Entscheidungen über die Verwendung sensibler Daten trägt zwar dem im ABGB verankerten Schutzprinzip Rechnung, schränkt den Minderjährigen aber nicht über Gebühr bei der Ausübung seines informationellen Selbstbestimmungsrechts ein.

³⁴⁰ Vgl § 146c Abs 3 ABGB; § 1 Abs 2, § 8 Abs 1 Z 3, § 9 Z 7 DSGVO.

³⁴¹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 427 spricht von einer vorsichtig zu betreibenden Rechtsgrundsatzanalogie.

7.3 Analoge Anwendung des § 138b ABGB (Abstammungsrecht)

Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit findet sich nicht nur im Zusammenhang mit der Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung, sondern auch im Abstammungsrecht. Durch das Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004³⁴², welches am 1.1.2005 in Kraft trat, erfuhr die Geschäftsfähigkeit in Abstammungsangelegenheiten durch die *Einführung einer eigenen Geschäftsfähigkeit [...] für nicht eigenberechtigte Personen*³⁴³ eine vollkommene Neuregelung.

Das Prinzip des Abstellens auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, welches der Gesetzgeber bereits im Bereich der medizinischen Heilbehandlung eingesetzt hatte, wurde neuerlich aufgegriffen. Der Gesetzgeber gesteht auch hier ausreichend einsichts- und urteilsfähigen Personen das Recht zu, selbst Entscheidungen die eigene Person betreffend fassen zu dürfen: Gemäß § 138b ABGB können nicht eigenberechtigte Personen in Angelegenheiten ihrer Abstammung und der Abstammung von ihnen rechtswirksam handeln, wenn sie einsichts- und urteilsfähig sind und der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung erteilt.

Dies entspricht nur auf den ersten Blick der Anordnung des § 151 Abs 1 ABGB, wonach ein minderjähriges Kind mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftlich verfügen oder sich verpflichten kann. Zu beachten ist nachstehender Unterschied zwischen dem Abstammungsrecht und den von § 151 ABGB erfassten Rechtsgeschäften: Während § 151 ABGB auf Austauschverhältnisse gerichtete Rechtsgeschäfte (Geld gegen Ware) zum Regelungsinhalt hat, sind Angelegenheiten der Abstammung wiederum eng mit der Person des Einzelnen verknüpft. Diese besondere Personenverbundenheit tritt besonders deutlich dadurch zutage, dass das Abstammungsrecht mit der Herkunft und dem Familienleben der betroffenen Personen, also mit deren Privatsphäre, verknüpft ist. Die

³⁴² BGBl Nr. I Nr. 2004/58.

³⁴³ *Fischer-Czermak*, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 2.

Vaterschaft eines Mannes zu einem Kind ist für beide ein wichtiger Teil der Persönlichkeit bzw des persönlichen Lebens der Betroffenen.

Aus diesem Grund liegt es durchaus auf einer Argumentationslinie, den Minderjährigen bei Vorliegen ausreichender Fähigkeiten nicht nur die Möglichkeit einzuräumen, im Zusammenhang mit einer medizinischen Heilbehandlung sondern auch in Abstammungsangelegenheiten rechtswirksame Entscheidungen treffen zu dürfen, sondern auch im Hinblick auf die sie betreffenden personenbezogenen Daten.

§ 138b Abs 1 letzter Satz ABGB stellt eine Zweifelregel über das Vorliegen der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf. Diese entspricht inhaltlich derjenigen des § 146c Abs 1 ABGB. Das bedeutet, dass grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass ein mündiger Minderjähriger über die erforderliche Reife verfügt, um in Angelegenheiten seiner Abstammung selbst handeln zu können. Diese Zweifelregel bringt es mit sich, dass die Neuregelung der Geschäftsfähigkeit im Bereich des Abstammungsrechts insbesondere für unmündige, aber bereits ausreichend einsichts- und urteilsfähige Minderjährige von Bedeutung ist, weil sie eine erhebliche Ausweitung der Befugnisse im Vergleich zur gewöhnlichen Rechtsgeschäfts-Fähigkeit bedeutet (bzw bedeuten kann). Diese können nunmehr – wenngleich unter der Voraussetzung der (konkludenten) Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters³⁴⁴ – rechtswirksame Handlungen setzen, ohne aufgrund ihres zu geringen Alters von der Vornahme derartiger Handlungen generell ausgeschlossen zu sein.

7.3.1 Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters

Aus dem Vorliegen dieser expliziten Regelung in Form des § 138b ABGB ist abzuleiten, dass auch für den Bereich des Abstammungsrechts die allgemeinen Regeln des ABGB betreffend die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit verdrängt werden. Stattdessen ist zur Bestimmung der Geschäftsfähigkeit in Abstammungssachen die Einsichts- und

³⁴⁴ Siehe sogleich Punkt 7.3.1.

Urteilsfähigkeit heranzuziehen.³⁴⁵

Bemerkenswert im Vergleich zu § 146c ABGB ist, dass nunmehr sowohl die noch nicht eigenberechtigte Person, die über eine ausreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, als auch deren gesetzlicher Vertreter rechtswirksam handeln können, sofern der jeweils andere der Handlung zustimmt.³⁴⁶

Insofern steht das selbständige Handeln des Minderjährigen unter der Bedingung, dass der gesetzliche Vertreter – unter Beachtung des Kindeswohls³⁴⁷ – diesem Handeln seine Zustimmung erteilt. Die Festlegung einer Mitwirkungspflicht erinnert an die in § 146c Abs 2 ABGB vorgesehene Genehmigung einer Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung, welche schwerwiegende Folgen nach sich ziehen kann; auch eine solche ist nur dann rechtswirksam, wenn der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung erteilt. Diese Konstruktion ist schon auf allgemeiner Ebene vorgezeichnet: Sie entspricht somit § 865 ABGB, wonach Geschäfte, die mündige Minderjährige schließen und die sie in irgendeiner Art und Weise verpflichten würden, *schwebend unwirksam* sind.³⁴⁸

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass umgekehrt auch der gesetzliche Vertreter an die Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen gebunden ist, wenn er Entscheidungen in Abstammungsangelegenheiten für diesen treffen will. Es muss daher zwischen einsichts- und urteilsfähigem Minderjährigen und gesetzlichem Vertreter stets Einvernehmen hergestellt werden. Eine gerichtliche Substitution einer der beiden Erklärungen, wie dies zB im (öffentlich-rechtlichen) Staatsbürgerschaftsrecht aF³⁴⁹ der Fall war, ist hier nicht vorgesehen.

³⁴⁵ *Fischer-Czermak*, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBI 2005, 2.

³⁴⁶ *Fischer-Czermak*, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBI 2005, 2.

³⁴⁷ § 138b Abs 2 ABGB.

³⁴⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 56.

³⁴⁹ Siehe oben Punkt 4.2.3.

7.3.2 Resümee

§ 138b ABGB hält eine ähnliche Regelung für die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger bereit wie § 146c ABGB für den Fall der Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung, welche für gewöhnlich mit schwerwiegenden oder nachhaltigen Folgen verbunden ist:

- Ausreichend einsichts- und urteilsfähige Minderjährige sind sowohl im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Vornahme medizinischer Heilbehandlungen als auch in Angelegenheiten ihrer Abstammung berechtigt, selbständig Erklärungen abzugeben.
- Im einen wie auch im anderen Fall wird ab dem Erreichen der Mündigkeit vermutet, dass der Minderjährige über die hierfür erforderliche geistige Reife verfügt.
- Zusätzlich ist die Rechtswirksamkeit der Erklärung jeweils an die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gebunden. Diese Zustimmung kann auch konkludent erteilt werden. Trotz des Zustimmungserfordernisses bleibt es dabei, dass die Geschäftsfähigkeit im Bereich des Abstammungsrechts von der persönlichen Reife des Minderjährigen abhängig gemacht wird und nicht vom Erreichen einer bestimmten Altersstufe. Das ist für ein derart eng mit der Person des Betroffenen verwurzeltes Recht adäquat und sinnvoll.

Interessant ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Abstammungsrechts dem Minderjährigen bloß eine mit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters *bedingte* Geschäftsfähigkeit einräumt. Diese Regelungstechnik trägt wohl dem allgemeinen Schutzprinzip Rechnung, welches schon in § 21 ABGB zur Sprache gebracht wird. Aufgezeigt wird hierdurch, dass zwar dem Anspruch auf eigenverantwortliche Wahrnehmung höchstpersönlicher Rechte eine besondere Bedeutung beigemessen wird, allerdings das Schutzbedürfnis Minderjähriger im Zusammenhang mit Entscheidungen, die besonders schwerwiegende Folgen in der Zukunft haben können diese Selbstbestimmung partiell durchbrechen kann.

Der Gesetzgeber bringt hier mE zum Ausdruck, dass das bereits in § 21 ABGB normierte Schutzprinzip selbst bei einer gesetzlich angeordneten Erweiterung der Handlungsspielräume für Minderjährige unter keinen Umständen unberücksichtigt bleiben darf. Aus diesem Grund kommt § 138b ABGB als Analogiebasis für die Erklärung der Zustimmung zur Verwendung sensibler Daten in Betracht. Im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen sensiblen und nicht sensiblen Daten ist zu beachten, dass sensible Daten noch strenger geschützt werden als nicht sensible Daten. Diese Unterscheidung spricht daher dagegen, die aus § 138b ABGB gewonnenen Grundsätze auf die Zustimmungserklärung zur Verwendung nicht sensibler Daten zu erstrecken.

Für nicht sensible Daten gilt daher weiterhin das aus § 146c ABGB gewonnene Prinzip, wonach Minderjährige, welche über eine hierfür ausreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen, eine Zustimmungserklärung ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters abgeben können.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Grundsätze, welche aus den §§ 146c und 138b ABGB hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger abgeleitet werden können, die eingangs dieser Arbeit geäußerte Einschätzung untermauern, dass es sich bei der Einsichts- und Urteilsfähigkeit um einen separaten Typus der Geschäftsfähigkeit neben der althergebrachten Rechtsgeschäfts-Fähigkeit und damit um ein neues *allgemeines Prinzip* oder System handelt. Dieses System könnte immer dann zum Einsatz kommen, wenn Verfügungen in Angelegenheiten zu treffen sind, welche einen höchstpersönlichen Bezug zum erklärenden Minderjährigen aufweisen.

Für die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung bedeutet diese Schlussfolgerung Nachstehendes: Zur Anwendbarkeit der Geschäftsfähigkeitsregeln auf Basis der Einsichts- und Urteilsfähigkeit gelangt man daher nicht nur im Wege der Gesetzesanalogie (§§ 146c, 138b ABGB), sondern auch unter Heranziehung des soeben in Worte gefassten allgemeinen Prinzips des Einsatzes der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Zusammenhang mit Verfügungen über höchstpersönliche Rechte

(Rechtsgrundsatzanalogie³⁵⁰).

7.4 Zwischenergebnis: Anwendbarkeit der Regeln über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf die Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht

Voraus zu schicken ist, dass rechtsgeschäftlichem Handeln eines Minderjährigen stets das in § 21 ABGB zugrunde gelegte Schutzbedürfnis gegenübersteht, welches ein wichtiger Grund für die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger ist. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ist für Geschäfte, die keine höchstpersönlichen Rechtspositionen betreffen, in den §§ 151, 865 ABGB normiert und in diesem Zusammenhang auch berechtigt.³⁵¹ Im Falle der Verfügung über ein höchstpersönliches Recht bewirkt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit allerdings ein Spannungsverhältnis mit dem Recht auf Selbstbestimmung.

Dieses Spannungsverhältnis wurde für den Bereich der Entscheidung in Abstammungsangelegenheiten und im Zusammenhang mit der Einwilligung in medizinische Heilbehandlungen einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Die Analyse der §§ 138b und 146c ABGB hat mE ein als allgemeines Prinzip zu bezeichnendes System zutage gebracht: Das Schutzbedürfnis muss in Fällen, in denen höchstpersönliche Rechtspositionen des Minderjährigen Gegenstand seiner Erklärung sind, zurücktreten, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Verfügung schwerwiegende nachhaltige Folgen nach sich zieht. Sind solche Auswirkungen allerdings zu befürchten, unterwirft das Gesetz die Rechtswirksamkeit der Entscheidung dem zusätzlichen Erfordernis der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter.

Das mit dem KindRÄG 2001 eingeführte und mit dem Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004 in weiteren Bereichen eingesetzte Modell der Einsichts- und Urteilsfähigkeit erlaubt es, den Minderjährigen ein größtmögliches Maß an Selbstbestimmung zu garantieren und gleichzeitig dem Schutzbedürfnis Rechnung zu

³⁵⁰ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 427.

³⁵¹ Siehe oben Punkt 7.1.

tragen. Im Gegensatz zur Rechtsgeschäfts-Fähigkeit der §§ 151, 865 ABGB ermöglicht das Abstellen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit einem Minderjährigen in Bereichen, die dem alltäglichen Geschäftsverkehr nicht zugänglich sind, selbst rechtswirksame Erklärungen abzugeben. Ab dem Erreichen der Mündigkeit wird das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit vermutet.

Diese Grundsätze finden auch im Bereich des Datenschutzrechtes ihre Berechtigung. Ebenso wie das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist das Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten ein höchstpersönliches Recht; nach dem Prinzip der informationellen Selbstbestimmung soll jeder selbst über das Schicksal seiner Daten bestimmen können. Demgegenüber ist die geschäftliche Unerfahrenheit des einzelnen (un-)mündigen Minderjährigen ein Problem, welches Schutzmechanismen erforderlich machen kann. Diesem Spannungsverhältnis kann durch Anwendung der Regeln über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit und zwar im Wege der Gesetzesanalogie, wie auch der Rechtsanalogie begegnet werden.

Grundsätzlich gilt daher: Sofern ein Minderjähriger ausreichend einsichts- und urteilsfähig ist, dh die Folgen seiner Handlungen begreifen und verstehen kann, soll ihm das Recht zukommen, selbst über die Verwendung (Verarbeitung und Übermittlung) seiner Daten entscheiden zu können. Zu unterscheiden ist allerdings – analog zur Differenzierung zwischen Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung ohne bzw mit schwerwiegenden oder nachhaltigen Folgen – zwischen einer Zustimmung zur Verwendung sensibler Daten und einer Zustimmung zur Verwendung nicht sensibler Daten. Die Verwendung sensibler Daten ist einem strengeren Regime unterworfen. Analog zu § 146c Abs 2 ABGB ist in einem solchen Fall eine Kontrolle der Disposition durch den gesetzlichen Vertreter erforderlich. Der gesetzliche Vertreter hat die Entscheidung des Minderjährigen an den Maßstäben des Kindeswohls zu messen – und abhängig vom Ergebnis der Prüfung – durch Erklärung zu genehmigen oder abzulehnen. Diese Mitwirkung trägt dem Schutzgedanken des § 21 ABGB Rechnung.

Für nicht sensible Daten, welche die Privatsphäre zwar auch, aber nicht derart tiefgreifend betreffen wie Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische

Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder Sexualleben (*sensible Daten*), kann in Analogie zu § 146c Abs 1 ABGB ein derartiges Mitwirkungserfordernis nicht abgeleitet werden. Das dem DSGVO zugrunde liegende Prinzip der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen rechtfertigt mE in Analogie zur Einwilligung in nicht schwerwiegende medizinische Heilbehandlungen auch eine alleinige Handlungsbefugnis des Minderjährigen im Datenschutzrecht soweit nicht sensible Daten betroffen sind.

Die von der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters gänzlich unabhängige Wahrnehmung des informationellen Selbstbestimmungsrechts, dh die Erklärung der Zustimmung zur Verwendung personenbezogener Daten durch einen Minderjährigen, ist daher dann zulässig, wenn der Minderjährige über die hierfür erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und ausschließlich nicht sensible Daten von der Erklärung umfasst sind. Sofern der Minderjährige bereits das 14. Lebensjahr vollendet hat, ist die in den §§ 146c, 138b ABGB enthaltene, auf die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung analog anzuwendende, gesetzliche Vermutung zu beachten; diese konstatiert Minderjährigen dieses Alters die für die Abgabe der Erklärung erforderliche geistige Reife.

Das bedeutet, dass es in Fällen, in denen ein ausreichend einsichts- und urteilsfähiger Minderjähriger seine Zustimmung zu der Verarbeitung von seine Person betreffenden Daten erteilt, es nur dann geboten ist, dessen gesetzlichen Vertreter zu kontaktieren und von diesem eine zusätzliche Zustimmung (Genehmigung) zu der von dem Minderjährigen getroffenen Disposition einzuholen, wenn die Zustimmung zur Verarbeitung oder Übermittlung sensibler Daten erteilt werden soll. Demgegenüber kann der ausreichend einsichts- und urteilsfähige Minderjährige eine rechtswirksame Zustimmungserklärung zur Verwendung seiner nicht sensiblen Daten ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters abgeben.

Das Vorliegen der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird mit Erreichen der Mündigkeit vermutet. Da es sich hierbei nur um eine Vermutung handelt, ist es nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall auch schon ein unmündiger Minderjähriger über die

erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt oder aber einem mündigen Minderjährigen die geistige Reife fehlt. In einem solchen Fall obliegt es demjenigen, der die Abweichung behauptet, die Vermutung zu widerlegen.

7.5 Vergleich mit § 78 UrhG

§ 78 UrhG schützt das Recht am eigenen Bild und bezweckt damit den *Schutz des Abgebildeten*.³⁵² Diese Bestimmung normiert, dass Bildnisse von Personen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden dürfen, wenn dadurch berechnigte Interessen des Abgebildeten oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden. Die Rechtsprechung hat dies konkretisiert und den Rechtssatz geprägt, dass durch § 78 UrhG jedermann gegen einen Missbrauch seiner Abbildung in der Öffentlichkeit, also dagegen geschützt werden soll, dass er durch die Verbreitung seines Bildnisses bloßgestellt, dass dadurch sein Privatleben der Öffentlichkeit preisgegeben oder sein Bildnis auf eine Art benützt wird, die zu Missdeutungen Anlass geben kann oder entwürdigend oder herabsetzend wirkt.³⁵³

Weil Bilder ein naturgetreues Abbild eines Menschen sind, sind sie ein besonders wichtiger Teil dessen Privatsphäre. Eine Verletzung dieser Privatsphäre erfolgt umso eher, je intensiver die Bindung an die Persönlichkeit des einzelnen ausfällt³⁵⁴. So ist das Recht am eigenen Bild in geringerem Maße verletzt, wenn man sich zufällig auf einem Urlaubsfoto eines neuseeländischen Touristen vor der Kulisse des Wiener Riesenrades wieder findet. Es ist nicht davon auszugehen, dass es zu einer Beeinträchtigung berechtigter Interessen kommt, wenn derartige Bilder in privaten Fotoalben landen; anders könnte jedoch der Fall gelagert sein, wenn das Foto seinen Weg ins Internet (zB Facebook) findet. All dies lässt den Bildnisschutz nach § 78 UrhG und das Recht auf

³⁵² Vgl zB OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 mwN.

³⁵³ RIS-Justiz RS0078186; vgl zB OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81, OGH 15.12.2010, 4 Ob 119/10v.

³⁵⁴ *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006, 4.

Geheimhaltung personenbezogener Daten einander sehr ähnlich erscheinen.

Für das Verhältnis zwischen Datenschutz und Urheberrecht interessant ist eine Entscheidung des OGH³⁵⁵, in welcher dieser die Frage zu beantworten hatte, ob Ausdruck und Weitergabe eines erkenntnisdienlich verarbeiteten Lichtbilds einer Person deren Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten und/oder deren Recht am eigenen Bild verletzt. Der OGH vertrat in dieser Entscheidung die Auffassung, dass das Ausdrucken (= Verarbeitung von Daten) und die Weitergabe (= Übermittlung von Daten) derartiger Fotos kein datenschutzrechtliches Geheimhaltungsinteresse verletze, solange dem Empfänger keine weiteren Informationen übermittelt werden, anhand derer er die abgebildete Person identifizieren kann. Demgegenüber kann – nach Ansicht des OGH – jedoch ein solches Bild vom Schutz des § 78 UrhG erfasst sein. Fazit dieser Entscheidung ist somit, dass das Grundrecht auf Datenschutz und das Recht am eigenen Bild zwar sehr ähnlich sind; dennoch weisen sie keinen identen Schutzbereich auf:

Während der Schutzbereich des § 78 UrhG der urheberrechtlichen Sphäre zuzuordnen ist und das *Recht am eigenen Bild* aus zivilrechtlicher Sicht unter Schutz stellt, haben die datenschutzrechtlichen Bestimmungen eine öffentlich-rechtliche Grundlage, nämlich das DSGVO. Das *Bild* einer Person ist somit auf zweierlei Arten geschützt: Zum einen ist es einer Definition als Datum, welches durch optische Erfassung und Veranschaulichung von Informationen entsteht, zugänglich. Diese Interpretation wird durch die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG untermauert. Nach dieser europäischen Rechtsquelle ist die Speicherung von Bildern nämlich unzweifelhaft vom Schutzzumfang des Datenschutzrechts umfasst.³⁵⁶ Aber auch die österreichische Standard- und Muster-Verordnung³⁵⁷, welche bestimmte, in der Praxis besonders häufig eingesetzte Typen von Datenanwendungen exemplarisch definiert³⁵⁸, anerkennt ausdrücklich Bilddaten.³⁵⁹

³⁵⁵ OGH 14.11.2000, 14 Os 128/00.

³⁵⁶ RL 95/46/EG, Erwägungsgründe (14)-(16).

³⁵⁷ Verordnung des Bundeskanzlers über Standard- und Musteranwendungen nach dem Datenschutzgesetz 2000 (Standard- und Muster-Verordnung 2004 - StMV 2004) idF BGBl II Nr 2011/105.

³⁵⁸ Für den Betrieb derartiger Standardanwendungen sind im DSGVO bestimmte Erleichterungen vorgesehen, zB keine Registrierungspflicht beim Datenverarbeitungsregister.

³⁵⁹ zB SA002 Personalverwaltung für privatrechtliche Dienstverhältnisse (Lichtbild des Betroffenen für

Bilder sind also nicht nur im Rahmen des DSG unter datenschutzrechtlichen Aspekten geschützt. Darüber hinaus können sie auch im Rahmen des Urheberrechtes einem weiteren persönlichkeitsrechtlichen Schutz unterliegen. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, dass § 78 UrhG auf den Schutz vor *Bloßstellungen in der Öffentlichkeit* beschränkt ist³⁶⁰; dem DSG sind derartige Einschränkungen fremd; maW: Daten müssen nicht notwendiger Weise an die Öffentlichkeit gelangen und den Betroffenen bloßstellen oder herabwürdigen, damit das DSG anwendbar ist, auch eine interne Verwendung – zB im Rahmen einer Vereinsmitgliedschaft – genügt.

7.5.1 Parallelen

7.5.1.1 Allgemeines

Zwischen dem Schutz personenbezogener Daten nach dem DSG und dem Recht am eigenen Bild gemäß § 78 UrhG bestehen zwar geringfügige Unterschiede; diese treten jedoch hinter den hervorragenden Parallelen hinsichtlich des Schutzobjekts und des Schutzzwecks zurück:

- Schutzobjekt ist in beiden Fällen das Bild einer bestimmten Person. Für § 78 UrhG gilt das schon per definitionem. Ein Bild, welches in den Genuss des Schutzes nach § 78 UrhG kommt, kann gleichzeitig auch als Datum im Sinne des DSG den Datenschutzvorschriften unterliegen; darüber hinaus kann ein Bild weitere Informationen über den Betroffenen im Sinne des Datenschutzrechts vermitteln.

Es ist darüber hinaus auch nicht auszuschließen, dass sogar sensible Daten iSd § 4 Z 2 DSG vorliegen, etwa wenn das betreffende Bild eine Person mit gebrochenem Arm (Rückschluss auf deren Gesundheitszustand), mit Schleier

Ausweiskarten); SA032 Videoüberwachung.

³⁶⁰ *Brandstätter*, Photo Publicity Rights, ipCompetence 2011 H 5, 20.

(Rückschluss auf deren Religion) oder bei einer politischen Demonstration (Rückschluss auf deren politische Gesinnung) zeigt. Im Übrigen lässt beinahe jede Fotografie Rückschlüsse auf die rassische und/oder ethnische Herkunft des Abgebildeten zu.

- Das Recht am eigenen Bild ist - ebenso wie das Recht auf Datenschutz - ein typisches Persönlichkeitsrecht (höchstpersönliches Recht).³⁶¹
- Das Recht am eigenen Bild ist – ebenso wie das Recht auf Datenschutz – nicht absolut.³⁶² Unter gewissen Umständen kann das *Festhalten, die Wiedergabe und die Verbreitung des Bildes einer Person*³⁶³ zulässig sein. Ein Fall einer zulässigen Bildnisveröffentlichung liegt zB vor, wenn der Abgebildete seine Einwilligung erteilt hat. Dies folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts und wurde bereits früh von der Rechtsprechung anerkannt.³⁶⁴ Diese Möglichkeit, durch Erteilung einer Zustimmung für die Verwendung des Bildes eine Rechtsgrundlage zu schaffen, ist eine bemerkenswerte Parallele zum Datenschutzrecht, welches ausdrücklich die Zustimmungserklärung als mögliche Rechtsgrundlage definiert.

7.5.1.2 Schutz berechtigter Interessen, Zustimmungserklärung

Nach § 78 UrhG dürfen Bildnisse von Personen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art verbreitet oder sonst der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, wenn dadurch berechtigte Interessen des Abgebildeten oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden.³⁶⁵ Eine ähnliche Formulierung ist bereits aus dem Datenschutzrecht bekannt. Dieses gewährt Schutz nur für diejenigen Daten, an denen ein *schutzwürdiges*

³⁶¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 89 f; *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006, 4.

³⁶² *Grossen*, in *Gutzwiller* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht II (1967) 373.

³⁶³ *Grossen*, in *Gutzwiller* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht II (1967) 373.

³⁶⁴ Vgl zB OGH 29.6.1971, 4 Ob 330/71 .

³⁶⁵ *Brandstätter*, Photo Publicity Rights, ipCompetence 2011 H 5, 20.

Geheimhaltungsinteresse besteht.³⁶⁶

Dennoch gestattet das DSG unter bestimmten Umständen auch die Verwendung von Daten, an denen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht. Die Zulässigkeit der Verwendung von Daten kann sich zB aus einem Gesetz, einer Interessenabwägung (bei der das Geheimhaltungsinteresse hinter dem berechtigten Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten an der Verwendung zurücktritt) oder aber auch einer rechtswirksamen Zustimmungserklärung ergeben.

Auch im Regelungsbereich des § 78 UrhG kann eine Zustimmung bzw Einwilligung einen Eingriff in das Recht am eigenen Bild rechtfertigen. Zwar wird – im Unterschied zum DSG – die Einwilligung in § 78 UrhG nicht explizit als Möglichkeit erwähnt, eine Veröffentlichung von Bildern lebender Personen zu rechtfertigen. Allerdings enthält § 78 UrhG einen Passus, wonach die Veröffentlichung eines Bildes dann zulässig ist, wenn dies ein Verstorbener vor seinem Tode gestattet hat. Wenn diese Anordnung für den Todesfall möglich und zulässig ist, dann muss dies erst recht für eine Einwilligung unter Lebenden gelten. Im Übrigen wird von der Rechtsprechung auch gar nicht angezweifelt, dass eine Zustimmung bzw Einwilligung die Anwendbarkeit des § 78 UrhG ausschließen kann.³⁶⁷

Von der Rechtsprechung³⁶⁸ werden allerdings – ebenso wie im Datenschutzrecht – strenge Kriterien an die Zustimmungserklärung im Anwendungsbereich des § 78 UrhG angelegt, welche allesamt erfüllt sein müssen, damit sich der Betroffene im Nachhinein nicht mehr auf die Verletzung seiner berechtigten Interessen stützen kann:

- Die Zustimmung muss ausdrücklich oder unter Umständen abgegeben werden, die keinen Zweifel lassen, dass der Betroffene der öffentlichen Verwendung seines Bildnisses zugestimmt hat.

³⁶⁶ Vgl zB §§ 1, 8, 9 DSG.

³⁶⁷ Vgl zB OGH 29.6.1971, 4 Ob 330/71; OGH 15.12.2010, 4 Ob 119/10v.

³⁶⁸ Die nachfolgende Auflistung stützt sich auf die Entscheidung des OGH vom 8.3.1994, 4 Ob 18/94 (mwN).

- Maßgeblich ist, für welchen Zweck und innerhalb welches Rahmens eine Zustimmung abgegeben wurde; der Schutz des § 78 UrhG entfällt (nur) so weit, wie die Zustimmung reicht.

Diese Parallelen bilden die Überleitung zum nächsten Kapitel:

7.5.1.3 Analogiefähigkeit des § 78 UrhG

Die Möglichkeit, durch Zustimmung den Schutz des § 78 UrhG auszuschließen, dh eine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung der eigenen Bilder zu schaffen, ähnelt in mehrfacher Hinsicht der Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht: Schutzobjekt, Aufbau des Schutzes und Rechtsfolgen des § 78 UrhG weisen bemerkenswerte Parallelen zum Datenschutzrecht auf.

Sowohl das Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten als auch das Recht am eigenen Bild bezeichnen ein mit der Person des Betroffenen eng verbundenes (*höchstpersönliches*) Recht im Sinne des § 16 ABGB. Auch Daten, insbesondere sensible Daten im Sinne des § 4 Z 2 DSG, zeichnen gewissermaßen ein Bild eines Menschen. Sie individualisieren den Betroffenen und machen ihn dadurch unverwechselbar, indem sie zum Beispiel Auskunft geben über seine rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder sein Sexualleben. Diese Informationen können einem Foto ebenso entnommen werden wie einer Buchstaben- oder Zahlenkombination. Es handelt sich sowohl bei Daten in schriftlicher Form als auch bei Daten in Form einer Abbildung des Betroffenen um Informationen, die typischerweise die Privatsphäre einer Person in einer vergleichbar tief reichenden Weise betreffen (können).

Des Weiteren ist sowohl nach DSGVO als auch nach § 78 UrhG die Verwendung personenbezogener Daten bzw die Veröffentlichung des eigenen Bildes unzulässig, wenn hierdurch *berechtigte Interessen* des Betroffenen verletzt werden. In beiden Fällen gestattet das Gesetz eine Verwendung der Daten bzw Veröffentlichung des Bildes, wenn dies das Ergebnis einer Interessenabwägung zulässt bzw der Betroffene vorab seine Zustimmung erteilt hat.

Nicht nur die Ausgangssachverhalte sondern auch die Rechtsfolgen weisen Parallelen auf: Im Bereich des Datenschutzrechts steht dem Betroffenen gemäß § 27 DSGVO das Recht auf Richtigstellung und Löschung unrichtiger oder entgegen den Bestimmungen des DSGVO verarbeiteter Daten zu. Der seiner Interessenlage zuwider Abgebildete verfügt ebenso über einen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch nach den §§ 81 f UrhG. Die Auswirkungen bzw Rechtsfolgen dieser im Gesetz angeordneten Ansprüche sind im Wesentlichen dieselben: In beiden Fällen kann der Gegner zu einer Entfernung oder Löschung des unrechtmäßig verwendeten Bildnisses beziehungsweise der zu Unrecht verwendeten Daten verpflichtet werden.

Die feststellbare Parallelität ist letztlich mE auch Voraussetzung und logische Konsequenz der Tatsache, dass ein Bildnis im Sinne des § 78 UrhG als naturgetreues Abbild einer Person als ein Spezialfall im Verhältnis zum allgemeinen Datenbegriff des DSGVO betrachtet werden kann: Ein Foto enthält wesentliche Informationen über eine Person, die sie eindeutig identifizierbar machen. Auch ein Foto erfüllt – obwohl nicht ausdrücklich im DSGVO erwähnt – somit grundsätzlich die Voraussetzungen des Begriffes des personenbezogenen Datums im Sinne des DSGVO.³⁶⁹ Dass die Schutzbereiche von DSGVO und UrhG nicht vollkommen ident sind, schadet der Analogiefähigkeit nicht.

Aus dem Schutzobjekt *Bild* resultiert sowohl im Urheberrecht als auch im Datenschutzrecht eine starke rechtlich geschützte Position des Betroffenen. Eine Disposition über das Recht auf Datenschutz bzw dessen Umfang ist ebenso wie eine Verfügung über das Recht am eigenen Bild eine persönlichkeitsbezogene Handlung.

³⁶⁹ *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 38; siehe auch die Standard- und Muster-Verordnung sowie Erwägungsgründe (14)-(16) der Datenschutzrichtlinie.

Damit reiht sie sich in eine Linie mit anderen höchstpersönlichen Akten, etwa das Treffen einer letztwilligen Verfügung, einer Patientenverfügung, die Anerkennung der Vaterschaft oder die Ausübung des Wahlrechts, weshalb eine Gleichbehandlung geboten erscheint.³⁷⁰

7.5.2 Handlungsfähigkeit im Bereich des § 78 UrhG

Das UrhG enthält keine explizite Regelung der Rechts- und Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit. Nachdem das UrhG eindeutig dem Privatrecht zuzuordnen ist, sind auch hier die Bestimmungen des ABGB maßgeblich. Offen ist jedoch, ob die althergebrachte Rechtsgeschäfts-Fähigkeit oder die Einsichts- und Urteilsfähigkeit für die Bestimmung der Fähigkeit zur Abgabe einer Zustimmungserklärung bzw. Einwilligung im Urheberrecht zur Anwendung gelangen soll.

Für die Überlegung, auf welche Fähigkeiten für die Beurteilung der Handlungsfähigkeit einer Person im Zusammenhang mit § 78 UrhG abzustellen ist, soll exemplarisch auf die Testierfähigkeit zurückgegriffen werden.³⁷¹ Auch die Testierfähigkeit ist ein höchstpersönliches Recht. § 566 ABGB besagt, dass, wenn bewiesen wird, dass die Erklärung [Anmerkung: letztwillige Verfügung] in einem die hierfür erforderliche Besonnenheit ausschließenden Zustand, wie dem einer psychischen Krankheit, einer geistigen Behinderung oder der Trunkenheit, geschehen ist, ungültig sei.³⁷² § 566 ABGB legt für die Beurteilung der Fähigkeiten des Einzelnen im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung letztendlich keine vollkommen starre Altersgrenze fest. Es soll nach dem offenkundigen Willen des Gesetzgebers vielmehr individuell bestimmt werden, ob die Person im Zeitpunkt der Abfassung ihres Testaments in in der Lage war, die Folgen ihres Handelns zu begreifen und sich dieser Einsicht entsprechend zu verhalten.

³⁷⁰ *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006, 6.

³⁷¹ *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006, 6.

³⁷² *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006, 6.

Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass diese Regelung von vornherein einer Einschränkung unterliegt, als sie erst auf Personen ab Erreichen der Mündigkeit anzuwenden ist. Unmündige sind gemäß § 569 ABGB vollkommen testierunfähig. Nichtsdestotrotz muss der Betreffende, der zwar das 14. Lebensjahr vollendet hat, im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung über eine für die Vornahme des Rechtsgeschäfts ausreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen; ist dies nicht der Fall, so kann er keine rechtswirksame Willenserklärung abgeben. Diese Bestimmung zeigt, dass es schon vor dem KindRÄG 2001 Ansätze im kodifizierten Privatrecht gab, bestimmte Willenserklärungen Minderjähriger, die im Zusammenhang mit der Ausübung personenbezogener Rechte stehen, an individuellen Maßstäben und nicht an starren Altersgrenzen zu messen.

Bestimmte personen- oder persönlichkeitsbezogene Handlungen sollen also auch dann vorgenommen werden können, wenn die Geschäftsfähigkeit im Sinne der §§ 151 und 865 ABGB (noch) nicht vorliegt. Demgegenüber kann für ein Rechtsgeschäft, wie es im alltäglichen Leben und mit zahlreichen Wiederholungen Tag für Tag abgeschlossen wird – wie etwa der Kauf eines Kaugummis –, aus Zweckmäßigungs- und Rechtssicherheitsgründen auf eine schematische Einordnung abgestellt werden. Die Staffelung der Geschäftsfähigkeit nach dem Alter erfolgt aus Gründen der Praktikabilität und der Verkehrssicherheit. Diese Regelung ist auch deswegen ausgewogen, weil der Einzelne für gewöhnlich nicht in überwiegenden eigenen Interessen betroffen wäre, wenn ihm zum Beispiel der Erwerb eines Gegenstandes von geringem Wert mangels Vorliegens der dafür ausreichenden Geschäftsfähigkeit verweigert würde.

Die Bestimmung des § 151 Abs 3 ABGB (sog. *Wurstsemmelparagraf*³⁷³) normiert die für den alltäglichen Geschäftsverkehr notwendige aber gleichzeitig auch völlig ausreichende Ausnahme von der Regel, dass unmündige Minderjährige generell nicht geschäftsfähig sind. Genau genommen stattet er die unmündigen Minderjährigen aber nicht mit einer besonderen Geschäftsfähigkeit aus, sondern knüpft die Rechtswirksamkeit von geringfügigen Rechtsgeschäften des täglichen Lebens an ein

³⁷³ Vgl zB Zierl, Was sind Taschengeldgeschäfte?, ÖZPR 2010/97.

Faktum, nämlich an deren Erfüllung.

Im Hinblick auf persönlichkeitsbezogene Handlungen widerspricht – wie bereits ausgeführt³⁷⁴ – eine Einordnung in starr konzipierte Schemata dem *telos* der diesen Handlungsanordnungen zugrunde liegenden Rechtsvorschriften. Weder bei der Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung noch bei Abgabe einer Zustimmung im Urheberrecht liegt ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 151 Abs 3 ABGB vor, welches auf ein typisches Austauschverhältnis abzielt. Die Disposition über ein höchstpersönliches Recht ist vielmehr als eine andere, separate Kategorie von Rechtsgeschäften zu betrachten.³⁷⁵ Im Zusammenhang mit dem Recht auf den Schutz geheimer personenbezogener Daten steht zB das mehrfach angesprochene Interesse auf Wahrung der Privatsphäre des Einzelnen im Mittelpunkt. Aus diesem Grund ist die (einseitige) Disposition über ein besonders eng mit der Person verwurzeltes Recht mE aus einem *personalisierten* Blickwinkel zu betrachten.

Im Bereich höchstpersönlicher Rechte ist es somit aufgrund der besonderen Personenverbundenheit vertretbar und im Hinblick auch auf die individuellen Bedürfnisse jedes Menschen auch zweckmäßig, im Zusammenhang mit der Abgabe von Willenserklärungen auf spezifische Fähigkeiten des die Willenserklärung abgebenden Menschen abzustellen. Dies wurde in den Bereichen der medizinischen Heilbehandlung und des Abstammungsrechts von Seiten der Rechtsprechung³⁷⁶ sowie des Gesetzgebers bereits erkannt und ausdrücklich im Gesetz verankert. Dasselbe gilt aber auch für die Zustimmungserklärung im Anwendungsbereich des § 78 UrhG.³⁷⁷

Die im Zusammenhang mit der Rechtsgeschäfts-Fähigkeit aufgestellten Altersgrenzen dienen zwar dem Schutz des Minderjährigen vor Übervorteilung im Geschäftsverkehr durch erfahrene(re) Vertragspartner.³⁷⁸ Andererseits schränken sie den Minderjährigen aber bei der Ausübung seiner Selbstbestimmungsrechte im Zusammenhang mit bestimmten, besonders eng mit seiner Person verbundenen Angelegenheiten über

³⁷⁴ Vgl Punkte 1.5.7. und 4.

³⁷⁵ Vgl insb die Ausführungen zu Punkt 7.1.2.1.

³⁷⁶ ZB OGH 19.12.1984, 3Ob562/84.

³⁷⁷ *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006, 6.

³⁷⁸ *Aicher* in *Rummel*, ABGB³, 1. ErgBd (2003) § 21 RZ 1.

Gebühr ein.

Ein generelles Abstellen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit würde wiederum zu einem Spannungsverhältnis mit den Anforderungen des täglichen Geschäftsverkehrs führen. Aus diesem Grund ist die Anwendung der Regelungen über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf ganz bestimmte Fälle, nämlich Dispositionen über höchstpersönliche Rechte, zu beschränken. Zu diesen Fällen zählt nicht nur die Abgabe einer Zustimmung zur Verwendung des eigenen Bildes³⁷⁹ sondern auch die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung.

In speziellen Fällen kann somit der freien Ausübung des (informationellen) Selbstbestimmungsrechts aufgrund einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Einzelnen auf Wahrung seiner höchstpersönlichen Rechte und dem (allgemeinen) Interesse auf Einheitlichkeit bzw Sicherheit des Verkehrs der Vorzug zu geben sein.³⁸⁰

7.5.3 Resümee

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Minderjähriger über die Verwendung seiner personenbezogenen Daten mittels Abgabe einer Zustimmungserklärung selbst entscheiden kann, ist anhand der Regelungen über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu beantworten.

Dies kann zu einem anderen Ergebnis als bei Heranziehung des allgemeinen Rechtsgeschäfts-Fähigkeitsbegriffs der §§ 151, 865 ABGB führen. Insbesondere besteht die Möglichkeit, dass ein unmündiger Minderjähriger in einem konkreten Fall selbst über die Verwendung seiner personenbezogenen Daten bestimmen kann, während er nach den §§ 151, 865 ABGB noch nicht rechts-geschäftsfähig wäre. Die unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäbe können zB bedeuten, dass der Minderjährige zwar über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, um eine

³⁷⁹ *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006, 6.

³⁸⁰ *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 15.

Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht, im Urheberrecht oder im Rahmen einer medizinischen Heilbehandlung abgeben zu können, aber nicht über die für ein in diesem Zusammenhang abzuschließendes Rechtsgeschäft erforderliche Rechtsgeschäftsfähigkeit. Als Beispiel kann ein Vertrag dienen, mit welchem sich ein Minderjähriger für einen Werbefilm zur Verfügung stellt. Auch hier ist auf dogmatischer Ebene zu trennen zwischen dem Dienstleistungsvertrag, für den die allgemeinen Regeln des ABGB gelten, und der Einwilligung, das eigene Bild³⁸¹ für die Werbemaßnahme verwenden zu dürfen.

Das Charakteristikum der Rechtsgeschäfts-Fähigkeit im Sinne der althergebrachten bürgerlich-rechtlichen Regelungen liegt darin, dass die Berechtigung zum rechtlich wirksamen Handeln von starren Altersgrenzen abhängig gemacht wird. Das Abstellen auf fixe Altersgrenzen ist im Hinblick auf *Alltagsgeschäfte*, nicht jedoch im Hinblick auf ein Persönlichkeitsrecht wie das Recht am eigenen Bild gem § 78 UrhG oder die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung angebracht:

Im Zusammenhang mit der Wahrnehmung bzw Disposition über höchstpersönliche Rechte würden Minderjährige, welche die Folgen ihres Handelns bereits erkennen und sich entsprechend verhalten können, durch die Anwendung der Regelungen über die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit mit ihren fix vorgegebenen Altersgrenzen in einem zu weiten Umfang eingeschränkt. Dies läuft den erkennbaren Intentionen des Gesetzgebers zuwider, der – beginnend mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 sowie der darauf folgenden Gesetzesänderungen³⁸² – unter anderem auf eine Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Kindes hinarbeitet.³⁸³

Diese Interpretation entspricht im Übrigen auch dem Meinungsstand auf europäischer Ebene.³⁸⁴

³⁸¹ iSd § 78 UrhG und nach DSGVO.

³⁸² Insb das Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz BGBl I 2004/58.

³⁸³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP, 13ff.

³⁸⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009.

8 Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters

8.1 Einleitung

Im alltäglichen Geschäftsleben tritt regelmäßig der Fall ein, dass der gesetzliche Vertreter den noch nicht (ausreichend) geschäftsfähigen Minderjährigen bei der Abgabe von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen vertritt oder ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft eines beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen genehmigt. Nunmehr stellt sich die Frage, ob der gesetzliche Vertreter im Zusammenhang mit der Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung eines Minderjährigen mitwirken muss. Einige diesbezügliche Überlegungen wurden bereits im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit im Rahmen der medizinischen Heilbehandlungen (§ 146c ABGB), im Bereich des Abstammungsrechts (§ 138b ABGB) des Asylrechts sowie des Staatsbürgerschaftsrechts angestellt.³⁸⁵

Entsprechend der allgemeinen Regelung des § 865 ABGB über die Geschäftsfähigkeit bedarf ein mündiger Minderjähriger bei Geschäften, wenn er selbst etwas verspricht – ausgenommen in den Fällen des § 151 Abs 3 ABGB –, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Allerdings ist, wie oben aufgezeigt³⁸⁶, die Fähigkeit zur Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung nicht nach den §§ 151 und 865 ABGB zu beurteilen. Statt dessen sprechen die überzeugenderen Argumente für die analoge Anwendung der Regeln über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit.

Im Bereich der medizinischen Heilbehandlung wird von Gesetzes wegen die zusätzliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nur dort gefordert, wo aufgrund der Erklärung des Minderjährigen eine mit besonders schwerwiegenden oder nachhaltigen Folgen verbundene medizinische Heilbehandlung durchgeführt oder vorgenommen werden soll. Für *normale* medizinische Heilbehandlungen ist eine derartige Mitwirkung nicht vorgesehen. Das bedeutet, dass die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters nur dem

³⁸⁵ Vgl oben Punkte 4.2.1.2, 4.2.3, 7.2.3 und 7.3.1.

³⁸⁶ Vgl oben Punkt 7.4 (Zusammenfassung).

Schutz des Minderjährigen dient, jedoch nicht, um dessen Geschäftsfähigkeit einzuschränken. Dasselbe gilt im Bereich des Abstammungsrechts. Wie bereits in den vorangehenden Kapiteln ausgeführt, sind die §§ 138b, 146c ABGB analog auf die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung anzuwenden, soweit es um die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit geht. Sohin gilt auch für die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung: Der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen hat bei datenschutzrechtlichen Entscheidungen seines Pflegebefohlenen allenfalls zu dessen Schutz, jedoch nicht, um ihn einzuschränken, mitzuwirken.

Auch im öffentlichen Recht finden sich Hinweise darauf, dass der gesetzliche Vertreter in Fragen, die weit reichende Folgen nach sich ziehen können, stets ein Mitwirkungsrecht, mitunter sogar eine Mitwirkungspflicht trifft. Augenscheinlichstes Beispiel war die Bestimmung des § 19 Abs 2 StbG aF, wonach ein mündiger Minderjähriger einen Antrag auf Verleihung der Staatsbürgerschaft oder Erstreckung der Verleihung nur selbst stellen konnte. Er bedurfte hierzu jedoch zusätzlich der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Erteilte der gesetzliche Vertreter diese Einwilligung nicht, so war in § 19 Abs 4 StbG aF vorgesehen, diese auf Antrag des Minderjährigen oder von Amts wegen vom Pflegschaftsgericht zu ersetzen; dies erfolgte unter der Voraussetzung, dass die Verleihung oder die Erstreckung der Verleihung dem Wohl des Minderjährigen entspricht.³⁸⁷

Diese Bestimmung spiegelte außer dem Bestehen der Mitwirkungspflicht des gesetzlichen Vertreters auch wider, dass sich die gesetzlichen Vertreter bei der Wahrnehmung ihrer Pflichten stets am Kindeswohl als oberstem Maßstab zu orientieren haben.³⁸⁸ Diente die Verweigerung der Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter nicht dem Wohl des Kindes, so konnte die vorzunehmende oder vorgenommene Handlung vom Pflegschaftsgericht aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung im StbG aF sogar amtswegig substituiert beziehungsweise korrigiert werden. Diese klare und eindeutige Bestimmung gehört leider nicht mehr dem Rechtsbestand an.

³⁸⁷ Zum Prinzip des Kindeswohls siehe oben Punkt 1.5.5.1.

³⁸⁸ Vgl zB §§ 146, 149, 176, 178a ABGB; aber auch: *Artikel 29 Datenschutzgruppe*, Arbeitspapier 1/2008, 4; *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 2/2009, 4.

Eine Bestimmung, die sich unverkennbar an der Regelung des § 146c ABGB orientiert, ist § 42 Arzneimittelgesetz (AMG³⁸⁹). § 42 AMG sieht vor, dass einerseits der Minderjährige, der *in der Lage ist, das Wesen, die Bedeutung, die Tragweite und Risiken der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen*, seine Einwilligung zur Teilnahme an der klinischen Prüfung eines Arzneimittels erteilen muss; zusätzlich dazu muss auch die Einwilligung des Erziehungsberechtigten nachweislich und schriftlich vorliegen. Diese Bestimmung schreibt das in § 146c ABGB für mit schwerwiegenden oder nachhaltigen Wirkungen verbundene medizinische Heilbehandlungen verankerte Prinzip im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung fort.

All diese Bestimmungen zeigen, dass in bestimmten Fällen die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters (*Erziehungsberechtigten*) erforderlich ist. Ob auch im Datenschutzrecht die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters gefragt ist, soll im nachfolgenden Kapitel analysiert werden.

8.2 Die Mitwirkung im Datenschutzrecht

8.2.1 Allgemeines

Die Anordnung einer verpflichtenden Mitwirkung eines Dritten bei der Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung scheint auf den ersten Blick dem Ziel, die autonome Wahrnehmung des informationellen Selbstbestimmungsrechts zu fördern, zuwider zu laufen.

Aus diesem Grund muss die Mitwirkungsbefugnis oder eine etwaige Mitwirkungspflicht des gesetzlichen Vertreters im Datenschutzrecht einer besonders genauen Betrachtung unterzogen werden. Im Brennpunkt des Interesses steht dabei das Ergebnis der Abwägung zwischen der dem gesetzlichen Vertreter durch die

³⁸⁹ idF BGBl I Nr. 2004/35.

österreichische Rechtsordnung auferlegten Verpflichtung, für das Wohl des Kindes zu sorgen, einerseits, und dem Interesse des Minderjährigen auf Ausübung seines ihm zustehenden informationellen Selbstbestimmungsrechts, andererseits. Diese beiden Parameter stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander, zumal dem gesetzlichen Vertreter im Rahmen der Rechtsgeschäfts-Fähigkeitsregelung der §§ 151, 865 ABGB umfassende Mitwirkungsbefugnisse zukommen können. Dabei gilt: Der gesetzliche Vertreter hat die von einem Minderjährigen geschlossenen Geschäfte (grundsätzlich) zu genehmigen, wenn das Geschäft dem Kindeswohl dient. Er muss jedoch einem Geschäft, welches dem Minderjährigen nicht zum Vorteil gereicht oder sogar dem Wohl des Kindes schadet, seine Zustimmung verwehren.³⁹⁰

Als allgemeine Regel kann – auch für das Datenschutzrecht – festgehalten werden, dass der Willenserklärung eines Minderjährigen die Zustimmung zu erteilen ist, wenn sie dessen Wohle förderlich ist. Ist dies nicht der Fall, so hat der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung zu versagen. Versagt der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung, so bleibt das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft endgültig unwirksam.

Die Abgabe oder die Versagung einer Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter ändert jedoch mE nichts an der Qualität der vom Minderjährigen abgegebenen Erklärung, weil sie nur ergänzt und nicht substituiert. Aus diesem Grund ist in der Forderung nach einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters keine Einschränkung und erst recht kein Widerspruch zu dem Recht des Minderjährigen auf informationelle Selbstbestimmung zu erblicken. Es handelt sich vielmehr um eine besondere Ausformung des Schutzprinzips. Anstatt dem Minderjährigen sämtliche Entscheidungsbefugnisse zu entziehen und dem gesetzlichen Vertreter zu überantworten, wird bei dem in § 146c Abs 2 ABGB aufgestellten Modell der Weg gewählt, den Minderjährigen selbst handeln zu lassen und dessen Entscheidung einer zusätzlichen Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter zur unterwerfen.

Je tiefer eine Handlung in die Rechte des Minderjährigen eingreift, desto intensiver müssen die Mitwirkungspflichten des gesetzlichen Vertreters ausgestaltet werden, um

³⁹⁰ Dies folgt zB aus § 176 ABGB.

dem der Rechtsordnung immanenten Schutzprinzip Rechnung zu tragen. Andererseits müssen mE diese Mitwirkungsrechte im Rahmen eines beweglichen Systems bei harmlosen Eingriffen bis auf *Null* reduziert werden können.

In diesem Sinne sieht auch die Regelung des § 146c Abs 2 ABGB vor, dass eine Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, nur dann vorgenommen werden darf, wenn auch die Person zustimmt, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist. Dies gilt selbst dann, wenn der ausreichend einsichts- und urteilsfähige Minderjährige schon in die Behandlung eingewilligt hat. Hier erfolgt eine zusätzliche Kontrolle der vom Minderjährigen getroffenen Entscheidung um dem Schutzprinzip Rechnung zu tragen. Demgegenüber ist eine Mitwirkungspflicht oder auch nur eine Mitwirkungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters im Rahmen einer *normalen* medizinischen Heilbehandlung nicht vorgesehen.

8.2.2 Grundlagen im Datenschutzgesetz

Die zu § 146c ABGB angestellten Überlegungen lassen sich auf das Datenschutzrecht übertragen. Dieses unterscheidet zwischen der Verwendung sensibler Daten und der Verwendung nicht sensibler Daten und richtet für die sensiblen Daten ein strengeres Regime ein.³⁹¹ Dieses betrifft insbesondere die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit Daten rechtswirksam verarbeitet werden dürfen.³⁹² Eine dieser Voraussetzungen ist, dass der Betroffene seine Zustimmung ausdrücklich abgeben muss. Eine konkludente Zustimmung, wie im Bereich des § 8 DSG, welcher die Rechtsgrundlagen für die Verwendung nicht sensibler Daten auflistet, ist für die Verwendung sensibler Daten keine gültige Rechtsgrundlage.

Auf Basis dieses Prinzips der Zweiteilung in *sensible* und *nicht sensible* Daten, ist mE auch die Mitwirkungsbefugnis bzw Mitwirkungspflicht des gesetzlichen Vertreters eines

³⁹¹ Vgl oben Punkt 2.2.2 sowie § 4 Z 2, § 8 und § 9 DSG.

³⁹² Vgl § 9 DSG.

Minderjährigen zu beurteilen.

8.2.3 Parallelen zwischen der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung und der Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung

Für die Frage der Geschäftsfähigkeit wurde die analoge Anwendbarkeit des § 146c ABGB bereits bejaht.³⁹³ Nunmehr soll untersucht werden, ob auch die in dieser Bestimmung normierten Mitwirkungspflichten des gesetzlichen Vertreters analog auf die Abgabe einer Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht anwendbar sind.

Die in § 146c ABGB getroffene Unterscheidung in *schwere* Eingriffe (dh medizinische Heilbehandlungen, die mit schweren oder nachhaltigen Folgen verbunden sind) und *nicht schwere* Eingriffe (dh normale medizinische Heilbehandlungen) findet sich in ähnlicher Form auch im Datenschutzrecht: Gem § 146c Abs 1 ABGB kann nur das einsichts- und urteilsfähige Kind in medizinische Heilbehandlungen einwilligen. Hat jedoch eine Behandlung für gewöhnlich schwere oder nachhaltige Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit oder der Person zur Folge, dann ist zusätzlich zur Erklärung des Minderjährigen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.³⁹⁴

Diese Wertung, dass für bestimmte Eingriffe ein zusätzliches Erfordernis erfüllt sein muss, ist bei konsequenter analoger Anwendung des § 146c ABGB im Datenschutzrecht aufgrund der auch dort auffindbaren Zweiteilung in schutzwürdige (nicht sensible) und noch „schutzwürdigere“ (sensible) Daten ebenfalls zu übernehmen. Für die Erteilung der Zustimmung zur Verwendung sensibler personenbezogener Daten ist es daher erforderlich – ebenso wie für die Erteilung einer Zustimmung zur Durchführung einer medizinischen Heilbehandlung, die schwerwiegende Folgen nach sich ziehen kann – einen strengeren Maßstab anzulegen.

³⁹³ Vgl oben Punkt 7.4. (Zusammenfassung).

³⁹⁴ § 146c Abs 2 ABGB

Im Zusammenhang mit der Verwendung sensibler Daten ist es daher gemäß § 146c Abs 2 ABGB *analog* erforderlich, die zusätzliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen einzuholen. Dies korrespondiert mit dem dem ABGB immanenten Schutzprinzip zugunsten Minderjähriger.³⁹⁵

Die Frage, ob den gesetzlichen Vertreter Mitwirkungsrechte oder Mitwirkungspflichten treffen, bestimmt sich also nicht durch Überschreitung bestimmter Altersgrenzen oder ausschließlich aufgrund des Erreichens bestimmter geistiger Fähigkeiten, sondern auf Basis der Unterscheidung zwischen sensiblen und nicht-sensiblen Daten.

Die Anwendung des auch im Bereich des öffentlichen Rechts anerkannten³⁹⁶ Schutzprinzips bildet sowohl im Bereich der Einwilligung in die medizinische Heilbehandlung als auch der analog zu beurteilenden Zustimmungserklärung die dogmatische Grundlage für die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters. Das bedeutet, dass hinsichtlich der im Gesetz taxativ aufgezählten sensiblen Datenarten die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sein muss, weil ein Minderjähriger oftmals die Bedeutung einer Erklärung über die Verwendung seiner Daten über zB seine Religion oder seine Gesundheit nicht im vollen Ausmaß begreifen wird können. Die enge Personenverbundenheit sensibler Daten und die möglichen tiefgreifenden Folgen der Datenverwendung vermögen es selbst gegenüber der Forderung nach weitestgehend eigenständiger und eigenverantwortlicher Wahrnehmung des informationellen Selbstbestimmungsrechts zu rechtfertigen, dass hier zusätzlich der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung zu erteilen hat.

Bei der Abgabe seiner Erklärung hat der gesetzliche Vertreter wiederum stets das Prinzip des Kindeswohls zu beachten. Aus der Bindung an das Prinzip des Kindeswohls lässt sich mE sogar eine Pflicht des gesetzlichen Vertreters ableiten, seine Zustimmung zu erteilen, wenn die in Frage stehende Disposition dem Wohl des Minderjährigen dient.³⁹⁷

³⁹⁵ Vgl § 21 ABGB.

³⁹⁶ VwGH 16.7.2003, 2002/01/0341.

³⁹⁷ Auf die mit dieser Überlegung einhergehende Frage, ob und inwieweit diese Mitwirkung gerichtlich erzwungen werden kann, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

Analog zu § 146c Abs 1 ABGB genießt der Minderjährige bei der Disposition über nicht sensible Daten einen größeren Handlungsspielraum als bei der Verfügung über sensible Daten. Da hier bereits seitens des Datenschutzgesetzes selbst weniger strenge Anforderungen aufgestellt und sogar konkludente Zustimmungserklärungen zugelassen werden, ist im Vergleich zu den sensiblen Daten deutlich erkennbar ein an weniger strenge Voraussetzungen anknüpfendes Schutzniveau anzusetzen. Aus diesem Grund ist es auch zu rechtfertigen, einem Minderjährigen im Zusammenhang mit der Verfügung über nicht sensible Daten mehr Handlungsfreiraum zur Ausübung seines informationellen Selbstbestimmungsrechts zu gewähren.

Der noch nicht vollständig ausgereiften Persönlichkeit eines Kindes kann es zugemutet werden, alleine Dispositionen über nicht sensible personenbezogene Daten zu treffen. Hierbei handelt es sich um Daten, welche zwar auch, aber weniger tiefgreifend mit der Person des Betroffenen verbunden sind als sensible Daten, die Auskunft geben über ihre rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, (Gewerkschaftszugehörigkeit,) religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder ihr Sexualleben.³⁹⁸

Erfasst vom Begriff der nicht sensiblen Daten ist etwa eine Handy- oder Telefonnummer, welche bislang noch nicht in einem Telefonbuch veröffentlicht wurde. Mag die Verfügung über solche Daten mitunter auch negative Konsequenzen haben, so reichen diese nicht sofort und unmittelbar dermaßen tief in die Persönlichkeits- oder Privatsphäre wie eine Interessensverletzung im Bereich der sensiblen Daten. Beispielsweise kann eine Telefonnummer, die man allzu leichtfertig weitergegeben hat, verhältnismäßig leicht, zB durch Abschluss eines neuen Mobiltelefonvertrages oder durch den Erwerb eines neuen Wertkartenmobiltelefons geändert werden.

All diese Umstände machen die Zustimmung zur Verwendung nicht sensibler Daten vergleichbar mit der Einwilligung in eine *normale*, dh mit nicht schwerwiegenden oder nachhaltigen Folgen verbundene, medizinische Heilbehandlung. Die analoge

³⁹⁸ § 4 Z 2 DSG.

Anwendung des § 146c ABGB führt daher nicht nur zu dem Ergebnis, dass die Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen zur Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung anhand der individuellen Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu messen ist, sondern auch dazu, dass der ausreichend einsichts- und urteilsfähige Minderjährige nur dann alleine, dh *ohne* Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters handeln kann, wenn nicht sensible Daten von der Erklärung betroffen sind.

Das bedeutet, dass sich die Frage der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters überhaupt nur dann stellen kann, wenn der Minderjährige über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit für die konkrete Erklärung verfügt und zudem über sensible Daten disponieren will.

Wenn der Minderjährige noch nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, dann kommt unter Berücksichtigung des Faktums, dass es sich beim Recht auf Datenschutz (Geheimhaltung personenbezogener Daten) um ein höchstpersönliches Recht handelt, die Abgabe einer Zustimmungserklärung durch den gesetzlichen Vertreter anstelle des Minderjährigen nicht in Betracht. Dem DSG ist eindeutig zu entnehmen, dass eine Zustimmungserklärung nur bei Erfüllung der im Gesetz definierten Voraussetzungen eine wirksame Rechtsgrundlage für die Verwendung personenbezogener Daten sein soll. Erfüllt die Zustimmungserklärung diese Voraussetzungen nicht, kann sie nicht als Rechtsgrundlage dienen.

Damit auch in Fällen, in denen keine Zustimmungserklärung eingeholt werden kann, Daten rechtmäßig verwendet werden können, hat der Gesetzgeber andere Rechtsgrundlagen geschaffen, zB die Verarbeitung von Daten im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder die Verarbeitung nicht sensibler Daten im überwiegenden berechtigten Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten. Hierdurch macht der Gesetzgeber mE klar, dass eine Substitution der Zustimmungserklärung durch Dritte nicht gewünscht ist. Aus diesem Grund ist für eine analoge Anwendung des § 146c Abs 1 letzter Satz ABGB kein Platz.

8.3 *Stellungnahme der Artikel 29 Datenschutzgruppe*

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat sich in ihrem Arbeitspapier 1/2008 und in ihrer Stellungnahme 2/2009 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schulen)³⁹⁹ implizit ebenfalls mit der Frage der Geschäftsfähigkeit beschäftigt und zieht in diesem Zusammenhang in Betracht, dass Minderjährige in bestimmten Teilbereichen wie Heirat, Beschäftigung oder religiöse Angelegenheiten selbst eine rechtsgültige Zustimmung zur Verarbeitung ihrer eigenen Daten geben können.⁴⁰⁰

In anderen Teilbereichen könnte nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe der Zustimmungserklärung eines Minderjährigen dann Rechtsgültigkeit zukommen, *sofern der Vertreter keine Einwände erhebt*⁴⁰¹. Damit gesteht die Artikel-29-Datenschutzgruppe den Minderjährigen eine vergleichsweise weit reichende rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit zu⁴⁰². Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Minderjähriger selbst in die Verwendung seiner Daten einwilligen kann, müsse stets die *körperliche und seelische Reife des Kindes*⁴⁰³ einbezogen werden; allerdings stehe außer Frage, dass *Kinder ab einem bestimmten Alter in der Lage sind, die sie betreffenden Angelegenheiten selbst zu beurteilen*⁴⁰⁴.

Diese seitens der auf Datenschutzfragen spezialisierten Expertengruppe eingeschlagene Argumentationsrichtung untermauert die oben bereits näher dargelegte Ansicht, dass Minderjährige, sofern sie die Bedeutung ihrer Handlungen erkennen, die Folgen entsprechend abschätzen und sich dementsprechend verhalten können, das Recht

³⁹⁹ Beide abzurufen unter http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_de.htm.

⁴⁰⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

⁴⁰¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

⁴⁰² Vgl demgegenüber § 151 Abs 1 ABGB, wonach Minderjährige ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten können.

⁴⁰³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

⁴⁰⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

zustehen soll, über die Verwendung nicht-sensibler Daten vollkommen alleine, über die Verwendung sensibler Daten jedoch zumindest mit der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters zu disponieren.

9 Stellvertretung

9.1 Einführung

Für den täglichen Geschäftsverkehr erlangt die Frage Bedeutung, ob bei der Abgabe der Zustimmungserklärung eine Stellvertretung möglich ist. Im Verwaltungsrecht gilt der Grundsatz, dass eine (Stell-)Vertretung zulässig ist, sofern sich aus den Verwaltungsvorschriften nichts anderes ergibt.⁴⁰⁵

Folglich ist auch in diesem Zusammenhang die Natur des Rechts auf Datenschutz als höchstpersönliches Recht ausschlaggebend. Ein höchstpersönliches Recht zeichnet sich – wie bereits oben ausgeführt – durch die besonders intensive Verbundenheit mit der Gefühlswelt bzw Person des Einzelnen aus. Die Verfügung über ein derartiges höchstpersönliches Recht beinhaltet aus diesem Grund auch ein besonderes subjektives Element: Neben objektiven Beweggründen findet ein Motivationsvorgang bzw ein die Entscheidung auslösendes Ereignis statt, der bzw das mehr noch als bei der Vornahme anderer Rechtsgeschäfte mit Empfindungen und Emotionen verknüpft ist.⁴⁰⁶

Diese Überlegungen legen nahe, von einem grundsätzlichen Ausschluss der gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertretung bei höchstpersönlichen Rechten auszugehen, weil es *prima vista* nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechend erscheint, wenn eine Entscheidung über eine derartige höchstpersönliche Position einem Dritten, der im schlechtesten Fall die inneren Vorgänge des Betroffenen überhaupt nicht nachzuvollziehen vermag, überlassen werden soll. Dieser strenge Ausschluss von Dritten würde bedeuten, dass Willenserklärungen betreffend höchstpersönliche Rechte

⁴⁰⁵ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 429.

⁴⁰⁶ *Hofmann*, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37.

nur von der betroffenen Person selbst abgegeben werden können.

Diese Verfügungsmöglichkeit steht gleichzeitig unter der Bedingung, dass der Betroffene über die hierfür erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt. Daraus folgte wiederum, dass die genannten höchstpersönlichen Rechte bei Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder für den Zeitraum, in dem diese erst durch das Sammeln von Erfahrung erworben werden muss, möglicherweise überhaupt noch nicht bzw nicht mehr ausgeübt werden können. Eine Substitution der Willensentscheidung durch gesetzliche oder gewillkürte Vertreter wäre der soeben dargestellten Betrachtungsweise zufolge nicht möglich.⁴⁰⁷

Allerdings treffen manche Autoren⁴⁰⁸ die Unterscheidung in absolute und relative höchstpersönliche Rechte; diese Unterscheidung erlangt auch für die Frage der Stellvertretung im Datenschutzrecht Relevanz.

9.2 Absolute und relative höchstpersönliche Rechte

Die enge Personenverbundenheit bzw die enge Verknüpfung eines höchstpersönlichen Rechts mit der Gefühlswelt des Betroffenen legt nahe, eine gesetzliche oder gewillkürte Stellvertretung auszuschließen. Neben der, jegliche Stellvertretung ausschließenden, *absoluten* Höchstpersönlichkeit sehen manche Autoren die Möglichkeit einer bloß relativen Höchstpersönlichkeit, welche eine Stellvertretung erlaubt.⁴⁰⁹

Willenserklärungen, die absolut höchstpersönliche Rechte betreffen, können nur vom Betroffenen selbst abgegeben werden. Hintergrund dafür ist, dass diesen Erklärungen ein ganz besonderes persönliches Element anhaftet, aufgrund dessen eine Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten ausgeschlossen ist: Die hinter einer

⁴⁰⁷ Hofmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37.

⁴⁰⁸ Siehe sogleich, Punkt 9.2.

⁴⁰⁹ Hofmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37; Grossen in Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht II (1967), 328; Arnold, Ausübung der Gestaltungsrechte eines Stifters durch einen Sachwalter, GeS 2003, 479.

Entscheidung über höchstpersönliche Rechte stehende Motivation kann nicht von einem Dritten getragen werden; dies erschien dem Gesetzgeber *unerträglich*.⁴¹⁰ Zu den absolut höchstpersönlichen Angelegenheiten zählen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung:⁴¹¹

- i. letztwillige Verfügungen (§§ 564, 568 ABGB)
- ii. Patientenverfügungen (§ 3 PatVG)
- iii. Vorsorgevollmachten (§ 284f Abs 2 ABGB idF SWRÄG 2006)
- iv. Eheschließung (§ 17 Abs 1 EheG)
- v. Anerkennung der Vaterschaft (§ 163c Abs 1 ABGB)
- vi. Widerspruch der Mutter gegen das Vaterschaftsanerkennnis (§ 163d Abs 1 ABGB)
- vii. Vaterbezeichnung durch die Mutter des nicht eigenberechtigten Kindes (§ 163e Abs 2 ABGB)
- viii. Wahlrecht (Art 26 Abs 1 B-VG)⁴¹².

Die Einstufung einer Bestimmung als absolut höchstpersönliches Recht kann sich darüber hinaus auch aus den Wertungen des Gesetzes und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben. Dies ist etwa bei der einvernehmlichen Scheidung, bei der Pflege und Erziehung eines Kindes oder beim Abschluss eines Adoptionsvertrages der Fall.⁴¹³

Bei der relativen Vertretungsfeindlichkeit kann ein Abwägen zwischen der Achtung des Persönlichkeitsrechts einerseits und ein Handlungsbedarf zur Rettung anderer in gleicher Weise schutzwürdiger Rechtsgüter andererseits (zB körperliche Integrität, Erhaltung oder Abwehr von aus der Abstammung abgeleiteten Rechten und Pflichten⁴¹⁴) zu dem Ergebnis führen, dass dem gesetzlichen Vertreter zur Vermeidung nicht

⁴¹⁰ Hofmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 199.

⁴¹¹ Hofmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 199f.

⁴¹² Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 429.

⁴¹³ Hofmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37.

⁴¹⁴ Vgl im Einzelnen Hofmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37; Ofner, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter des Stifters, NZ 2001, 270.

behebbarer Nachteile ausnahmsweise Vertretungsrechte zustehen.⁴¹⁵

Für den Bereich des Datenschutzrechts haben diese Überlegungen nur bedingt Relevanz: Im System des Datenschutzrechts wurde nämlich für derartige Notfälle ohnehin Vorsorge getroffen. So sehen § 8 Abs 1 Z 3 und § 9 Z 7 DSG zB vor, dass die Verwendung von personenbezogenen Daten dann zulässig ist, wenn dies im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen liegt. Nicht sensible Daten dürfen darüber hinaus auch dann verarbeitet werden, wenn dies im überwiegenden berechtigten Interesse eines Dritten liegt.⁴¹⁶ Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen sind auch dann nicht verletzt, wenn die Verwendung sensibler Daten zur Wahrung lebenswichtiger Interessen eines Dritten notwendig ist.⁴¹⁷

Weder eine Zustimmung des betroffenen Minderjährigen selbst noch eine anstelle des Minderjährigen abgegebene Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist daher in diesen Fällen erforderlich. Für Fälle, in denen keine Zustimmung einholt werden kann, sieht das DSG somit selbst alternative Rechtsgrundlagen vor. Diese dem Gesetz zu entnehmende Intention lässt mE den eindeutigen Schluss zu, dass es sich bei dem Recht auf Datenschutz (Geheimhaltung personenbezogener Daten) um ein absolut höchstpersönliches Recht handeln muss. Eine Stellvertretung ist daher weder durch den gesetzlichen noch durch einen gewillkürten Stellvertreter zulässig.⁴¹⁸

Kann der Betroffene mangels erforderlicher Einsichts- und Urteilsfähigkeit seine Zustimmung noch nicht oder nicht mehr selbst erteilen und kann keine andere Rechtsgrundlage aus dem Katalog der §§ 8, 9 DSG gefunden werden, so hat die Verwendung zu unterbleiben bzw ist eine dennoch vorgenommene Verwendung unzulässig.

Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, dass von der Frage der Stellvertretung die Frage einer allfälligen Mitwirkungspflicht bzw

⁴¹⁵ *Hofmann*, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37.

⁴¹⁶ Vgl § 8 Abs 1 Z 4 DSG.

⁴¹⁷ Vgl § 9 Z 8 DSG.

⁴¹⁸ Wie bereits oben festgehalten, ist aus diesem Grund für eine analoge Anwendung des § 146c Abs 1 letzter Satz ABGB kein Raum.

Mitwirkungsbefugnis zu unterscheiden ist. Wie bereits festgehalten, ist von einer derartigen Mitwirkungspflicht im Fall der Verfügung über sensible Daten durch einen (ausreichend einsichts- und urteilsfähigen) Minderjährigen auszugehen.

9.3 Überbringung der Zustimmungserklärung durch Boten

Aufgrund der absoluten Stellvertretungsfeindlichkeit einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung kommt mE weder eine gesetzliche noch eine gewillkürte Stellvertretung in Betracht. Möglich bleibt jedoch, dass ein Bote die Erklärung des ausreichend geschäftsfähigen Minderjährigen überbringt.⁴¹⁹ Der Unterschied zur Stellvertretung liegt darin, dass der Stellvertreter selbst einen rechtsgeschäftlichen Willen bildet (dh originär über die Verwendung der Daten eines Dritten entscheiden würde), während der Bote den vom Minderjährigen selbst gefassten Willen bloß überbringt.⁴²⁰ Als Boten kommen jegliche Personen im Umfeld des Minderjährigen in Betracht: Freunde, Geschwister, Eltern, Großeltern etc.

Ein Botendienst liegt zB dann vor, wenn sich ein Minderjähriger für den Eintritt in einen Fußballverein entschlossen hat und den Boten bittet, seine E-Mail-Adresse auch in die Newsletter-Liste des Vereinssponsors einzutragen. Ein derartiger Auftrag setzt somit nicht nur die ausreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit des die Willenserklärung abgebenden Minderjährigen voraus, sondern darüber hinaus auch, dass der Minderjährige genau weiß, über welche möglichen Datenverwendungen anlässlich der Begründung eines Mitgliedsverhältnisses zum Verein Entscheidungen zu treffen sein werden.

Hat der Minderjährige dem Boten nur die Eintragung in das Mitgliederverzeichnis, nicht aber die Bekanntgabe seiner E-Mail-Adresse aufgetragen und fasst der Bote anlässlich der Überbringung des Willens des Minderjährigen selbst den Entschluss, dessen E-Mail-Adresse in die Newsletter-Empfängerliste des Vereinssponsors einzutragen, so

⁴¹⁹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 429.

⁴²⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 220f.

überschreitet der Bote seinen Auftrag. Die vom Boten anstelle des Minderjährigen gefasste Entscheidung, welche in der Abgabe der Zustimmung zur Verwendung der E-Mail-Adresse mündet, kann dem Minderjährigen mE nicht zugerechnet werden. Es läge in diesem Fall keine Rechtsgrundlage für die Verwendung der personenbezogenen Daten des Vertretenen vor.

Theoretisch wäre in solchen Fällen auch eine Heilung, zB durch nachträgliche Genehmigung durch den vertretenen Minderjährigen, nicht möglich, weil diese zunächst die prinzipielle Zulässigkeit der Stellvertretung an sich voraussetzen würde. Die Abgabe der Zustimmungserklärung wurde jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht als bloß relativ, sondern als absolut vertretungsfeindlich qualifiziert.

In der Praxis kann es allerdings durchaus zu einer *nachträglichen Genehmigung* kommen. De facto liegt in der Genehmigung vielmehr erst die originäre Abgabe der Zustimmungserklärung; diese wird allerdings mit einem Verzicht auf die Geltendmachung der bereits erfolgten Grundrechtsverletzung verbunden sein. Genau genommen wäre in diesem Beispiel die Verwendung der E-Mail-Adresse erst ab dem Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklärung in Form der *nachträglichen Genehmigung* durch eine Rechtsgrundlage gedeckt.

Da die Praxis gezeigt hat, dass die Rechtsverfolgung durch die Bezirksverwaltungsbehörden bei weitem nicht jene Intensität erreicht, welche die Datenschutzrichtlinie vor Augen hatte, haben Auftraggeber iSd DSGVO allerdings selbst für den Zeitraum der rechtsgrundlosen Verwendung der Daten wohl kaum Sanktionen zu befürchten. Für den gemäß § 33 DSGVO vor den Zivilgerichten geltend zu machenden Schadenersatzanspruch müssen die allgemeinen Voraussetzungen des bürgerlichen Rechts erfüllt sein; bisl dato gibt es kaum Präzedenzfälle.⁴²¹

⁴²¹ So OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t; OGH 17.12.2009, 6 Ob 247/08d.

10 Willensmängel

10.1 Allgemeines

§ 4 Z 14 DSG definiert die Zustimmung als die gültige, *insbesondere ohne Zwang* abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt.

Die genannte Gesetzesbestimmung nimmt ausdrücklich nur auf eine besondere Art des Willensmangels, nämlich den *Zwang*, Bezug. Aufgrund der Formulierung der gesetzlichen Definition, welcher infolge Verwendung des Wortes *insbesondere* ein bloß demonstrativer Charakter zukommt, lässt den Rückschluss zu, dass auch andere Willensmängel die Gültigkeit einer abgegebenen Zustimmungserklärung beeinflussen können.

Derselben Meinung ist *Kuderna*.⁴²² Dieser versuchte noch, seine Ansichten zur Anwendung von Willensmängeltatbeständen auf die Zustimmungserklärung mangels ausdrücklicher Definition im DSG 1979 unter Zuhilfenahme von Analogien darzulegen. Dem Ergebnis dieser Auslegung ist aufgrund des nunmehr eindeutigen Gesetzeswortlautes einmal mehr zu folgen: § 4 Z 14 DSG erwähnt – anders als seine Vorgängerbestimmung im DSG 1978 – ausdrücklich den *Zwang* als so genannten *Wurzelmangel* einer Willenserklärung, der im Bereich des Zivilrechts zu einer Aufhebung des Vertrages *ex tunc* führt.⁴²³

Bei der Regelung der Ursachen und Folgen fehlerhafter Willenserklärungen handelt es sich um allgemeine Rechtsgrundsätze in dem Sinn, wie sie - dem Erkenntnis des VwGH vom 1.12.1992, 92/08/0181 entsprechend - auch im öffentlichen Recht zur Anwendung gelangen und die Rechtswirksamkeit öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen ausschließen können.⁴²⁴

⁴²² *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421.

⁴²³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 158.

⁴²⁴ *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010) RZ 3/142; vgl auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³

Eine Anwendung der zivilrechtlichen Regeln über Willensmängel bietet sich im Fall der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung umso mehr an, als hierdurch nicht nur gegenüber öffentlichen Auftraggebern sondern vor allem gegenüber privaten Auftraggebern eine Rechtsgrundlage für eine Datenverwendung geschaffen werden kann.

Diese Erklärung löst nicht unmittelbar ein öffentlich-rechtliches Verfahren zB vor der Datenschutzkommission aus, vielmehr entsteht dadurch ein (wenngleich auf öffentlichen Vorschriften basierendes) Rechtsverhältnis zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger. Es liegt hier somit eine mit einem typisch privatrechtlichen Sachverhalt vergleichbare Konstellation vor, in der sich zwei Akteure gegenüber stehen, wobei einer eine Willenserklärung abgibt, der andere sie empfängt.

Durch das Gesetz wird dem Betroffenen somit eine Art Mitbestimmungsrecht eingeräumt. Aufgrund der Tatsache, dass menschliches Handeln beeinflussbar und lenkbar ist, eröffnet sich somit ein ähnlich breites Anwendungsfeld für die Willensmängelregelungen wie bei einem rein zivilrechtlichen Sachverhalt. Dies ist vor allem bei der Abgabe einer Zustimmungserklärung durch einen Minderjährigen zu beachten.

Rechtsgeschäfte sollen nach herrschender Ansicht der Verwirklichung des wahren Willens der an diesem beteiligten Parteien dienen.⁴²⁵ Dieser Grundsatz muss auch im Bereich des öffentlichen Rechts gelten, soweit einem Einzelnen seitens der Verwaltungsvorschriften entsprechende Handlungsbefugnisse eingeräumt wurden.

Oben wurde bereits festgehalten, dass das DSG iVm § 146c ABGB analog einem ausreichend einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen die Möglichkeit einräumt, gegenüber dem Auftraggeber über bestimmte Daten, an denen ein an sich schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht, mittels Abgabe einer

(2009) 429.

⁴²⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 144.

Willenserklärung zu disponieren. Hierdurch kann der Minderjährige eine originäre (wenngleich widerrufbare) Rechtsgrundlage für die Verwendung dieser Daten schaffen. Anders als bei Vorliegen anderer zulässigkeitsbegründender Voraussetzungen, wie insbesondere des überwiegenden Interesses eines Dritten oder lebenswichtiger Interessen des Betroffenen, ist die Datenverarbeitung in diesem Fall nicht schon aufgrund des Gesetzes zulässig, sondern hängt allein von der gültigen Abgabe einer Willenserklärung ab.

Es ist somit nicht bloß auf die Tatsache der Abgabe (irgend)einer Willenserklärung zu achten, sondern auch darauf, ob sie dem Auftraggeber gegenüber rechtsgültig, also insbesondere *willensmangelfrei*, abgegeben wurde.

10.2 Zwang

Den Ausgangspunkt der Analyse bildet der einzige in § 4 Z 14 DSGVO ausdrücklich erwähnte Willensmangel: der Zwang. Die Definition bzw die Rechtsfolgen dieses Willensmangels finden sich wiederum im bürgerlichen Recht. § 870 ABGB besagt, dass, wer von dem anderen Teile *durch List oder durch ungerechte und begründete Furcht zu einem Verträge veranlasst worden ist, diesen zu halten nicht verbunden ist*. Erfasst ist damit jede ungerechte Drohung, die derart an den Erklärenden gerichtet wird, dass sie dessen Willen im Sinne des Drohenden beeinflussen oder sogar beugen konnte.⁴²⁶

Den Tatbestand der *ungerechten Drohung* erfüllen zum Beispiel all jene Handlungen, die unter die strafrechtlichen Tatbestände der Erpressung (§ 144 StGB) oder der Nötigung (§ 105 StGB) subsumiert werden können oder die einen sonstigen rechtswidrigen Zwang darstellen.⁴²⁷ Allerdings kann auch eine an sich rechtmäßige Handlungsweise zu einer *ungerechten Drohung* werden, wenn sie mit dem Willen eingesetzt wird, eine bestimmte Handlung des anderen – im konkreten Fall die Abgabe

⁴²⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 167.

⁴²⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 167; *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421.

der Zustimmungserklärung – zu erzwingen.⁴²⁸ Ist die Drohung nicht geeignet, den Betroffenen in Furcht zu versetzen, so liegt keine dem beschriebenen Tatbestand unterzuordnende Handlung vor. Wird also zum Beispiel der Betroffene zur Abgabe der (datenschutzrechtlichen) Zustimmungserklärung im Sinne des § 105 StGB genötigt, so hat die seitens des präsumentiven Zustimmungserklärungsempfängers getätigte Handlung den Betroffenen in begründete Furcht versetzt. Gibt der Betroffene letztendlich auf dieser Grundlage die vom Erklärungsempfänger gewünschte Erklärung ab, so liegt aufgrund der Erfüllung des negativen Tatbestandsmerkmals des Zwanges gemäß § 4 Z 14 DSG eine unwirksame Zustimmungserklärung vor.

Relevant kann dieses negative Tatbestandsmerkmal zB im Rahmen eines Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses werden. Gibt ein Lehrling eine Zustimmungserklärung nur deswegen ab, weil er aufgrund bestimmter Tatsachen, wie etwa Androhungen seitens des Lehrherrn oder ihm zurechenbarer Personen, fürchtet, dass andernfalls sein Lehrverhältnis beendet werden oder die Nichtabgabe andere negative Auswirkungen nach sich ziehen könnte, ist die Zustimmungserklärung nicht mehr freiwillig und damit unwirksam.

10.3 List

Dem Wortlaut zufolge ist die Aufzählung der Willensmängel in § 4 Z 14 DSG lediglich demonstrativer Natur. Aus diesem Grund sind auch andere, aus dem bürgerlichen Recht, namentlich aus § 870 ABGB, bekannte Formen von Willensmängeln, freilich unter Berücksichtigung etwaiger öffentlich-rechtlicher Eigenheiten, bei der Beurteilung der Rechtswirksamkeit der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung zu berücksichtigen.⁴²⁹ Wendet der Auftraggeber daher List an, um den (minderjährigen) Betroffenen zur Abgabe einer Zustimmungserklärung zu bewegen, so basiert die Willenserklärung ebenso nicht auf Freiwilligkeit wie im Fall der Erzwingung der Abgabe der gewünschten Willenserklärung. Die Rechtsfolgen sind dieselben wie beim

⁴²⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 167L vgl auch VwGH 19.11.1997, 97/12/0271.

⁴²⁹ Vgl auch VwGH 19.11.1997, 97/12/0271.

Zwang.

Eine List im Sinne des § 870 ABGB liegt dann vor, wenn der Erklärende durch den Erklärungsempfänger unter Vorspiegelung falscher Tatsachen bewusst getäuscht oder an der Kenntnisnahme wesentlicher Umstände abgehalten und dadurch zur Abgabe der begehrten Zustimmungserklärung veranlasst wurde.⁴³⁰ Ebenso wie der Zwang muss auch die List für die Abgabe der Willenserklärung kausal gewesen sein.⁴³¹

Hätte oder hat der Betroffene die Zustimmungserklärung vorwiegend aus anderen, zulässigen Gründen abgegeben, war also die List nicht auslösendes Moment für die Abgabe der Willenserklärung, liegt kein Willensmangel vor. In diesem Fall ist die Zustimmungserklärung rechtswirksam.

List läge beispielsweise dann vor, wenn ein Minderjähriger unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zur Abgabe der Zustimmungserklärung bewogen wird. Eine solcherart erschlichene Zustimmung müsste nicht einmal widerrufen werden; sie wäre schon aufgrund der arglistigen Irreführung unwirksam.

10.4 Irrtum

In § 871 ABGB ist der Irrtum als weiterer Willensmangel geregelt; er reiht sich neben List und Drohung. Ein Erklärender unterliegt dann einem Irrtum, wenn er eine unzutreffende oder mangelnde Vorstellung von der Wirklichkeit hat.⁴³² Auch im Bereich des öffentlichen Rechts können Irrtümer auftreten und zur Rechtsunwirksamkeit von öffentlich-rechtlichen Willenserklärungen führen.⁴³³

Ein Irrtum ist nur unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar – im Besonderen dann,

⁴³⁰ *Koziol/Welser*; Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 166.

⁴³¹ *Koziol/Welser*; Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 167.

⁴³² *Koziol/Welser*; Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 147.

⁴³³ VwGH 19.11.1997, 97/12/0271 (Verweis auf VwGH 9.11.1981, 12/1651/80); *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 429.

wenn es sich um einen so genannten Geschäftsirrtum handelt.⁴³⁴ Ein Geschäftsirrtum liegt dann vor, wenn der Irrtum die *Natur des Geschäfts, seinen Inhalt (Gegenstand) oder eine für das Geschäft bedeutsame Eigenschaft (oder Identität) der Person des Vertragspartners betrifft*, und der Irrtum durch den Vertragspartner veranlasst war, diesem aus den Umständen hätte offenbar auffallen müssen oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.⁴³⁵ Demgegenüber betrifft ein Motivirrtum außerhalb des Geschäftsinhaltes liegende (Beweg-)Gründe – wie etwa der Kauf eines teuren Rings in Erwartung einer Hochzeit, die jedoch in Folge nicht stattfindet⁴³⁶. Motivirrtümer sind nur in wenigen Fällen beachtlich und anfechtbar. Die Einzelheiten des Unterschieds zwischen Geschäfts- und Motivirrtum sollen an dieser Stelle nicht weiter dargestellt werden.⁴³⁷

Im Folgenden soll vielmehr untersucht werden, ob bei Vorliegen eines Geschäftsirrtums und bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen auch eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung anfechtbar ist. Voraus zu schicken ist, dass sich zwar auch der Irrtum nicht ausdrücklich in der Definition des § 4 Z 14 DSGVO findet. Würde man allerdings die Anfechtung wegen Drohung oder List, jedoch nicht wegen Irrtums zulassen, so würde dies zu einem Wertungswiderspruch im Hinblick auf die Stellung und die Bedeutung der einzelnen im ABGB aufgelisteten Willensmängel führen. Daraus folgt, dass aufgrund des Erfordernisses der Willensmängelfreiheit grundsätzlich auch ein Irrtum als ein die Rechtswirksamkeit ausschließender Willensmangel im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung relevant sein kann.

Die Bekämpfung einer Zustimmungserklärung aufgrund eines Irrtums wäre beispielsweise dann denkbar, wenn sich der Betroffene über den Zweck der Datenverarbeitung oder über die Person des Auftraggebers in einem Irrtum befindet. Hier läge mE ein typischer Geschäftsirrtum vor. Minderjährige, die sich häufig im Internet bewegen, könnten einem derartigen Irrtum zB im Zusammenhang mit der

⁴³⁴ *Koziol/Welser*; Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 147 ff.

⁴³⁵ § 871 Abs 1 ABGB, vgl hierzu auch *Koziol/Welser*; Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 156ff.

⁴³⁶ *Koziol/Welser*; Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 150f.

⁴³⁷ Vgl zB *Koziol/Welser*; Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 150 ff.

Zustimmung zur Speicherung von Cookies⁴³⁸ unterliegen.

Wenn der Betroffene demgegenüber glaubte, die Zustimmungserklärung deswegen abgegeben zu haben, weil er damit zB eine andere – von der Zustimmungserklärung verschiedene – Geschäftsbeziehung mit dem Erklärungsempfänger begründen könne, liegt wohl ein Motivirrtum vor, der im Rahmen von entgeltlichen Verträgen in der Regel nicht angefochten werden kann.⁴³⁹

§ 901 ABGB normiert allerdings eine Ausnahme von der Nichtanfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts aufgrund eines Motivirrtums. Voraussetzung ist, dass ein unentgeltlicher Vertrag unter Lebenden vorliegt. Hintergrund hierfür ist, dass bei unentgeltlichen Verträgen das *Vertrauen des Empfängers generell schwächer geschützt* ist als bei entgeltlichen Verträgen.⁴⁴⁰

Ob diese Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeit auch für die Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht anwendbar gemacht werden kann, hängt davon ab, ob es sich bei dieser Willenserklärung um ein Rechtsgeschäft handelt, das einem unentgeltlichen Vertrag (unter Lebenden) im Sinne des § 901 ABGB gleichzusetzen ist.

Die Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht ist entsprechend den bisherigen Untersuchungsergebnissen eine einseitige rechtsgestaltende Willenserklärung. Dieser liegt kein Entgeltcharakter zugrunde: Der Betroffene, der eine derartige Willenserklärung abgibt, erhält unmittelbar für die Abgabe keinerlei Gegenleistung. So kann meines Erachtens insbesondere auch die Zusendung von Werbematerial nach Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Weitergabe der personenbezogenen Daten an andere Konzernunternehmen nicht als *Gegenleistung* eingestuft werden – es fehlt der

⁴³⁸ Die Richtlinie 2009/136/EG, ABl L 337/11 vom 18.12.2009, fasst in ihrem Artikel 2 den Artikel 5 Abs 3 der Telekommunikationsrichtlinie 2002/58/EG neu; gefordert wird nunmehr, dass der Betroffene aufgrund *klarer und umfassender Informationen* vorab seine *Einwilligung zur Speicherung von Informationen oder zum Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind* (zB Cookies) erteilt. Zur Umsetzung in Österreich siehe http://www.parlinkom.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_01389/index.shtml#tab-ParlamentarischesVerfahren.

⁴³⁹ Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn das Motiv ausdrücklich zum Geschäftsinhalt gemacht wurde; vgl hierzu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 154f.

⁴⁴⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 155.

unmittelbare Austauschcharakter.

Die Abgabe einer Zustimmungserklärung ist daher ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, bei dem lediglich ein Vertragsteil – nämlich der Betroffene – eine Rechtsgestaltung zugunsten des Auftraggebers ausübt: Vertragsgegenstand ist auf Seiten des Betroffenen die Einschränkung seines Datenschutzrechts und auf Seiten des Auftraggebers – wenn man so will – die Befugnis, die erhobenen personenbezogenen Daten des Betroffenen auf zulässige Weise nutzen zu dürfen. Aus diesem Grund erscheint – ohne im Rahmen dieser Arbeit näher darauf eingehen zu wollen – auch die Anfechtung wegen eines Motivirrtums möglich, weil es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, aus dem nur einer, nämlich der Erklärungsempfänger, berechtigt wird, bestimmte Daten für einen bestimmten Zweck zu verarbeiten.

10.5 Widerruf und Widerspruch / Geltendmachung von Willensmängeln

Der 5. Abschnitt⁴⁴¹ des DSG enthält spezifisch als solche gekennzeichnete Betroffenenrechte. Diese sind gegenüber Auftraggebern des öffentlichen Rechts vor der Datenschutzkommission geltend zu machen; zur Rechtsdurchsetzung von Ansprüchen gegenüber privaten Auftraggebern verweist das DSG auf den Zivilrechtsweg.⁴⁴² Die Frage, ob und wie die oben besprochenen Willensmängel im Rahmen dieser Betroffenenrechte releviert werden können, ist Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen.

10.5.1 Widerspruch

§ 28 Abs 1 DSG legt fest, dass – sofern die Verwendung von Daten nicht gesetzlich

⁴⁴¹ §§ 26 bis 28 DSG.

⁴⁴² Ausgenommen ist das Recht auf Auskunft, welches auch gegenüber privaten Auftraggebern vor der Datenschutzkommission geltend zu machen ist (§31 DSG).

vorgesehen ist – jeder Betroffene das Recht hat, 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 Widerspruch ist unabhängig davon zulässig, ob der Betroffene vorher seine Zustimmung erteilt haben mag oder nicht, er erfasst daher auch schon von Beginn an unzulässige Datenverarbeitungen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen sind die Daten des Betroffenen binnen acht Wochen aus der Datenanwendung zu löschen und allfällige Übermittlungen zu unterlassen.

Aus der Formulierung *Geheimhaltungsinteressen, die sich aus seiner* [Anmerkung: des Betroffenen] *besonderen Situation ergeben*, ist mE der Schluss zu ziehen, dass vor allem die gegenwärtige, aber auch die zukünftige Situation des Betroffenen zu berücksichtigen sind. Schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ist somit ersichtlich, dass das Vorliegen eines Willensmangels (oder ein sonstiger in der Vergangenheit liegender Mangel) nicht unbedingt Voraussetzung für die Geltendmachung des Widerspruchsrechts ist. Die Löschung der Daten und Unterlassung allfälliger Übermittlungen sind vielmehr Konsequenzen einer Abwägung des Interesses des Auftraggebers an der Verwendung der Daten und des Interesses des Betroffenen an der Geheimhaltung dieser Daten.⁴⁴³ Es handelt sich hierbei somit um einen Rechtsbehelf, der zukünftige Datenverwendungen verhindern soll; eine *ex tunc*-Wirkung kommt dem Widerspruch nicht zu.

Die Geltendmachung eines Willensmangels im Rahmen eines Widerspruchs ist daher – für den Regelfall – auszuschließen.

10.5.2 Widerruf

Eine gültig abgegebene Zustimmungserklärung kann jederzeit widerrufen werden. Dies ergibt sich aus § 8 Abs 1 Z 2 sowie § 9 Z 6 DSGVO, welche übereinstimmend anordnen, dass sowohl im Falle der Verwendung nicht sensibler als auch im Fall der Verwendung

⁴⁴³ *Mayer-Schönberger / Brandl, Datenschutzgesetz (2006) 111.*

sensibler Daten dem Betroffenen jederzeit ein Widerruf der erteilten Zustimmung zur Verfügung stehen muss. Der Widerruf bewirkt die Unzulässigkeit der Verwendung der vom Widerruf erfassten Daten. Gibt es keinen anderen Grund, der die weitere Verwendung dieser Daten rechtfertigt, so ist jede weitere Verarbeitung und/oder Übermittlung nach Abgabe des Widerrufs unzulässig.

Der Widerruf setzt also eine (zunächst) rechtswirksame Zustimmungserklärung und eine (auf dieser Basis) zulässige Datenverwendung voraus. Seine Berechtigung zieht der Widerruf wiederum aus dem Prinzip der Selbstbestimmung; dazu kommt als besondere Element die Tatsache, dass die Zustimmung auf Freiwilligkeit basiert. Beiden Prinzipien trägt das Widerrufsrecht Rechnung: Wenn es dem Betroffenen möglich sein soll, durch eine Willenserklärung eine Rechtsgrundlage für die Verwendung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten zu schaffen, dann muss es *vice versa* ebenso möglich sein, durch eine einfache Erklärung diese Rechtsgrundlage wieder zu entziehen. Richtiger Weise wird hier das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen vor die Schutzwürdigkeit des Erklärungsempfängers gestellt: Wenn dieser keine andere Rechtsgrundlage für die von ihm durchgeführte Datenverwendung hat als die Zustimmungserklärung des Betroffenen, so muss er jederzeit damit rechnen, dass dieser seine Zustimmung widerruft. Dieser Widerruf bewirkt die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten, mögen sie zuvor (nämlich aufgrund der Zustimmungserklärung) auch zulässiger Weise ermittelt und im Rahmen des erhobenen Zwecks verarbeitet worden sein.

Der wesentliche Unterschied zur Geltendmachung von Willensmängeln liegt darin, dass einem Widerruf schon dem Gesetzestext zufolge (*wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist, und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt*⁴⁴⁴) bloße *ex nunc*-Wirkung zukommt. Demgegenüber entfaltet die Geltendmachung von Irrtum, List oder Drohung *ex tunc*-Wirkung.

Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger zur Erklärung eines Widerrufs gilt das zur Zustimmungserklärung Ausgeführte: Der Widerruf ist ebenso wie die Abgabe einer Zustimmungserklärung Ausfluss des höchstpersönlichen Rechts auf Datenschutz

⁴⁴⁴ § 8 Abs 1 Z 2 DSG.

(Geheimhaltung personenbezogener Daten), weshalb die Ausübung grundsätzlich wiederum nur dem Betroffenen persönlich zukommt.⁴⁴⁵ Ist der Betroffene minderjährig, dann ist maßgeblich, ob er über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit für die in Aussicht genommene Erklärung verfügt.

Allerdings besteht mE ein wesentlicher Unterschied zwischen der Zustimmung zur Verwendung personenbezogener Daten und deren Widerruf, der bereits im DSGVO vorgezeichnet ist: Das DSGVO definiert die Zustimmungserklärung umfassend und legt strenge Kriterien fest, die erfüllt werden müssen, damit die Zustimmungserklärung eine wirksame Rechtsgrundlage für die Verwendung personenbezogener Daten bilden kann. Demgegenüber findet der Widerruf nur am Rande Erwähnung. Es gibt auch keine gesetzlich vorgegebenen Form- oder Inhaltserfordernisse.

Hintergrund ist wohl, dass es einfacher möglich sein soll, eine einmal erteilte Zustimmung zu widerrufen; immerhin wird dem Betroffenen durch den Widerruf nicht die Möglichkeit genommen, zu einem späteren Zeitpunkt die Zustimmung neuerlich zu erteilen. Meines Erachtens legt dies den Schluss nahe, dass es sich beim Widerruf um kein absolut höchstpersönliches Recht handelt, sondern um ein bloß relativ höchstpersönliches Recht, welches sowohl eine Stellvertretung durch den gesetzlichen als auch durch einen gewillkürten Vertreter zulässt.⁴⁴⁶

Der Widerruf kann jederzeit gegenüber dem Auftraggeber erklärt werden und entfaltet (nach dem Gesetzeswortlaut) sogleich die beabsichtigte Wirkung. Demgegenüber muss ein Willensmangel üblicherweise erst in einem gerichtlichen Zivilverfahren oder in einem Verfahren vor der Datenschutzkommission behauptet, bewiesen und auf diese Weise durchgesetzt werden.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421.

⁴⁴⁶ Vgl oben Punkt 9.2.

⁴⁴⁷ §§ 30 bis 32 DSGVO.

Der Widerruf setzt eine vom Betroffenen rechtswirksam abgegebene Zustimmungserklärung voraus. War die Zustimmungserklärung schon im Zeitpunkt der Abgabe mit einem Willensmangel behaftet, war sie nicht rechtswirksam. Eine unwirksame Zustimmungserklärung kann bzw muss auch gar nicht widerrufen werden.

10.5.3 Geltendmachung von Willensmängeln

Einen Willensmangels könnte ein Betroffener zB in einem Lösungsverfahren nach § 27 DSGVO oder in einem Verfahren zur Beanspruchung von Schadenersatz gemäß § 33 DSGVO geltend machen. Diese Bestimmungen sind nicht bloß darauf ausgerichtet, eine grundsätzlich zulässige Datenverwendung für die Zukunft zu unterbinden; durch diese Bestimmungen sind dem Betroffenen vielmehr Mittel gegen von Vornherein unzulässige Datenverwendungen in die Hand gegeben. Ein wichtiger Grund, warum eine Datenverwendung unzulässig sein kann, ist eben eine schon bei der Abgabe mangelhafte und daher unwirksame Zustimmungserklärung.

Für die Frage, ob ein Minderjähriger selbst Schadenersatzansprüche gem § 33 DSGVO gerichtlich verfolgen oder einen Lösungsanspruch gem § 27 DSGVO gerichtlich durchsetzen kann, ist auf § 2 ZPO zurückzugreifen. Nach dieser Bestimmung bedarf ein mündiger Minderjähriger in Rechtsstreitigkeiten über Gegenstände, in denen er nach dem bürgerlichen Recht geschäftsfähig ist, nicht der Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters. Das bedeutet, dass überall dort, wo es um die Durchsetzung von Rechten im Zusammenhang mit einer von einem Minderjährigen erteilten Zustimmungserklärung geht, ein ausreichend einsichts- und urteilsfähiger Minderjähriger auch in einem Prozessverfahren selbständig einschreiten könnte. Ähnliches gilt für ein Verwaltungsverfahren vor der Datenschutzkommission (vgl § 9 AVG).

Demgegenüber bedürfen Minderjährige, die noch nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen, aufgrund der ausdrücklichen Anordnung des § 2 ZPO für die gerichtliche Durchsetzung ihrer höchstpersönlichen Rechte eines gesetzlichen Vertreters. § 154a ABGB bestimmt, dass diese Aufgabe ein Elternteil wahrzunehmen hat; dieser hat gemäß § 5 ZPO im Prozess grundsätzlich dieselbe Stellung wie die Partei.⁴⁴⁸

10.6 Wucher

Noch einen weiteren Willensmangeltatbestand findet man im ABGB: Wucher im Sinne des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB bzw des WucherG. Diese Willensmängel sind jedoch mE auf die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung aus einem einfachen Grund nicht anwendbar: Es liegen keine vermögenswerten Leistungen vor, die in einem auffallenden Missverständnis zueinander stehen könnten.

Kuderna untersucht unter dem Gesichtspunkt des Wuchers den Fall, in dem der Abschluss eines Hauptvertrages von der Zustimmung des Betroffenen abhängig gemacht wird, wobei der Betroffene von eben diesem Abschluss wirtschaftlich oder sozial abhängig ist.⁴⁴⁹ Eine daraufhin abgegebene Zustimmungserklärung sei grundsätzlich weder fehlerhaft noch sittenwidrig, auch wenn der Betroffene den Abschluss des Hauptvertrages dringend benötigt.⁴⁵⁰ Die Grenze bilde nach der hier dargelegten Sichtweise die Sittenwidrigkeit, bei deren Beurteilung eine strenge Interessenabwägung vorzunehmen sei. Nur dann, wenn diese Abwägung eine *grobe Verletzung der rechtlich geschützten Interessen des Betroffenen (oder des Übermittlers) oder ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die verlangte Zustimmungserklärung verletzten und den durch sie geförderten Interessen*⁴⁵¹ zutage bringe, liege Sittenwidrigkeit und damit eine Rechtsunwirksamkeit der dennoch erteilten Zustimmung vor.

⁴⁴⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) RZ 312f.

⁴⁴⁹ *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421

⁴⁵⁰ *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421

⁴⁵¹ *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421

Meines Erachtens scheidet in einer solchen Fallkonstellation die Rechtswirksamkeit der Zustimmungserklärung allerdings schon an der mangelnden Freiwilligkeit der Erklärung. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Erklärungsempfänger trotz des Wissens, dass der Betroffene seine Zustimmung zur Verwendung der in Frage stehenden Daten unter anderen Umständen nicht erteilen würde, diesen zur Abgabe der Erklärung unter der Androhung, das Geschäft ansonsten platzen zu lassen, drängt. Hier könnte sogar *Zwang* iSd § 4 Z 14 DSG vorliegen, welcher einer Rechtswirksamkeit der Zustimmungserklärung entgegen steht. Eine Konstruktion der Unwirksamkeit der Zustimmungserklärung aufgrund von Sittenwidrigkeit (Wucher) ist daher mE gar nicht erforderlich.

11 Resümee – Anwendung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung

Die Erklärung der Zustimmung zur Verwendung personenbezogener Daten schafft eine der wichtigsten Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Nach der Definition in § 4 Z 14 DSG handelt es sich hierbei um eine Willenserklärung, durch welche der Betroffene seine Einwilligung in die Verwendung seiner Daten in Kenntnis der Sachlage für einen konkreten Fall erteilt; nur dann, wenn all diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist sie rechtswirksam. Ihre Besonderheit im Vergleich zu den anderen im DSG normierten Rechtsgrundlagen ist, dass sie auf einem besonderen subjektiven Element aufbaut, nämlich auf der nach außen hin zu erklärenden Willensentscheidung des Betroffenen.

Die dahinter stehende Intention des Gesetzgebers ist die Ermöglichung der einseitigen Gestaltung der Rechtslage mittels Willenserklärung. Für das Wirksamwerden der Zustimmungserklärung ist lediglich der Empfang durch den Erklärungsempfänger, aber

nicht dessen sonstige Mitwirkung, etwa durch eine Annahme der Erklärung, erforderlich.⁴⁵² Die Rechtsfolge offenbart sich – vorausgesetzt, dass keine anderen Rechtsgrundlagen (zum Beispiel in Form einer gesetzlichen Ermächtigung oder zB eines überwiegenden berechtigten Interesses iSd § 8 Abs 1 Z 4 DSG) vorliegen – darin, dass die Datenverwendung erst ab der Abgabe der (rechtswirksamen) Zustimmungserklärung zulässig ist. Mit Abgabe dieser Erklärung wird dem Einzelnen die Möglichkeit eröffnet, die Grenzen des Grundrechts auf Datenschutz autonom abzustecken. Dies hat zur Folge, dass nur von der Zustimmungserklärung nicht erfasste Daten weiterhin dem Schutzbereich des Datenschutzgesetzes unterworfen sind und – sofern die übrigen Schutzvoraussetzungen erfüllt sind – deren Verwendung weiterhin verboten ist. Soweit lassen sich sämtliche Schlüsse aus dem Gesetz selbst ableiten.

Das DSG lässt jedoch die Frage unbeantwortet, ob ein Minderjähriger selbst seine Zustimmung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten erteilen kann. Die Beantwortung dieser Frage ist jedoch im Alltag und insbesondere im Zusammenhang mit der Nutzung des Internet, in dem sich nicht nur Erwachsene, sondern vor allem auch Minderjährige mit einer beachtenswerten Selbstverständlichkeit bewegen, von höchstem Interesse; da es vielfach ein Leichtes ist, mittels einfachster Navigation im Internet, etwa durch Ausfüllen einer Maske und Absenden mittels Mausklicks, über personenbezogene Daten Dispositionen zu treffen, birgt dieses Medium ein großes Gefahrenpotential in sich.

Soweit ersichtlich hat die Rechtsprechung zu dieser Frage noch nicht Stellung bezogen und auch die Literatur vertritt vollkommen konträre Standpunkte.⁴⁵³ Im Rahmen dieser Arbeit wurde aufgezeigt, dass selbst die Anwendung sämtlicher Interpretationsmethoden nicht dazu beitragen konnte, eine Antwort auf die Frage der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht zu finden.

⁴⁵² *Kuderna*, Die Zustimmung des Betroffenen zur Übermittlung von Daten, RdA 1992, 421.

⁴⁵³ *Sonntag*, Einführung in das Internetrecht (2009) 238f [für die Anwendbarkeit der Einsichts- und Urteilsfähigkeit]; *Dohr/Pollirer/Wess/Knyrim*, DSG² (11. Ergänzungslieferung) § 4 Anm 14 [für die Anwendbarkeit der Rechtsgeschäfts-Fähigkeit der §§ 151, 865 ABGB].

Aus diesem Grund wurden zahlreiche öffentlich- und privatrechtliche Regelungen vorgestellt und auf ihre Eignung als Analogiebasis hin untersucht.⁴⁵⁴ Eine Bestimmung hat sich in diesem Prüfprozess hinsichtlich Regelungsgegenstand, Schutzobjekt und Zielsetzung als besonders geeignet – um nicht zu sagen: beinahe ident – erwiesen: § 146c ABGB. Aus dieser die Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung regelnden Bestimmung sind für die Zustimmung im Datenschutzrecht nachstehende Grundsätze abzuleiten:

- Die Frage, ob und wann ein Minderjähriger eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung rechtswirksam abgeben kann, ist nach dessen individueller Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu beurteilen. Das bedeutet, dass gegebenenfalls auch ein unmündiger Minderjähriger eine rechtswirksame Zustimmungserklärung abgeben kann. Das Vorliegen der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird ab Erreichen der Mündigkeit, dh ab Vollendung des vierzehnten Lebensjahres, vermutet.⁴⁵⁵
- Bei nicht sensiblen Daten genügt die Zustimmung des ausreichend einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen. Sind sensible Daten von der Zustimmungserklärung betroffen, so ist zusätzlich zur Zustimmung des ausreichend einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen auch die Zustimmung (*Genehmigung*) durch dessen gesetzlichen Vertreter erforderlich.⁴⁵⁶
- Das Recht auf Datenschutz ist ein höchstpersönliches Recht.⁴⁵⁷ Dieser Rechtsposition kommt absolute Geltung zu; eine Stellvertretung bei der Abgabe der Zustimmungserklärung ist daher ausgeschlossen. Dies gilt sowohl hinsichtlich gesetzlicher als auch gewillkürter Stellvertreter. Der eine Substitutionsmöglichkeit vorsehende § 146c Abs 1 letzter Satz ABGB ist aufgrund des eindeutigen *telos* des DSG nicht anwendbar.

⁴⁵⁴ § 16 AsylG, § 19 StbG aF, § 361 ASVG, § 43 AMG.

⁴⁵⁵ § 146c Abs 1 erster Satz ABGB analog.

⁴⁵⁶ Parallele zum schwerwiegenden und nachhaltigen medizinischen Eingriff im Sinne des § 146c Abs 2 ABGB; Berücksichtigung des Schutzprinzips bei schwerwiegenden Eingriffen.

⁴⁵⁷ Vgl auch DSK, Bescheid vom 12.09.2003, K202.028/006-DSK/2003.

- Nach dem DSGVO soll die Zustimmungserklärung nur bei Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen eine Rechtsgrundlage für die Verwendung personenbezogener Daten bilden. Unter Berücksichtigung des Prinzips der informationellen Selbstbestimmung folgt daraus, dass die Verwendung von Daten zu unterbleiben hat, wenn der Betroffene seine Zustimmung verweigert oder mangels ausreichender Geschäftsfähigkeit nicht abgeben kann und darüber hinaus keine andere Rechtsgrundlage vorliegt. Liegt ein Notfall vor und kann aus diesem Grund eine Zustimmungserklärung in einem konkreten Fall nicht eingeholt werden, so bietet das Gesetz andere Rechtsgrundlagen für die Datenverwendung an; in Betracht kommt zB in einem solchen Fall die Verwendung im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen.⁴⁵⁸

Demgegenüber lassen sich keine Parallelen zur Rechtsgeschäfts-Fähigkeit der §§ 151, 865 ABGB finden: Zwar kann ein mündiger Minderjähriger gemäß § 151 Abs 2 ABGB über Sachen, die ihm zur freien Verfügung überlassen worden sind, und über sein Einkommen aus eigenem Erwerb so weit verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse gefährdet wird. Mit dieser Regelung wird vor allem der typische Fall umfasst, in dem der mündige Minderjährige etwa über sein ihm zur Verfügung gestelltes Taschengeld disponiert.⁴⁵⁹ Die Bestimmung setzt jedoch voraus, dass dem Minderjährigen die Sachen, über die er nun verfügen können soll, von seinem gesetzlichen Vertreter oder einem Dritten (z.B. einem Verwandten) mit Billigung des gesetzlichen Vertreters überlassen worden sind.⁴⁶⁰ Gemeint ist hier insbesondere die körperliche Übergabe eines Gegenstandes.

Diese Definitionen können auf ein höchstpersönliches Recht nicht zutreffen. Ein höchstpersönliches Recht kommt jedem Menschen bereits von Geburt an zu; es wird einem von niemandem im Sinne des § 151 Abs 2 ABGB *überlassen*. Die Disposition über ein höchstpersönliches Recht kann sohin schon definitionsgemäß nicht von diesem Tatbestand erfasst sein. § 151 Abs 2 ABGB ist somit nicht anwendbar.

⁴⁵⁸ Vgl § 8 Abs 1 Z 3, § 9 Z 7 DSGVO.

⁴⁵⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 57.

⁴⁶⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 57.

Ähnliches gilt für die Bestimmung des § 151 Abs 3 ABGB. Die Anwendung dieser Bestimmung auf die Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht scheidet ebenfalls wegen des besonderen Charakters des Grundrechts auf Datenschutz: Beim Grundrecht auf Datenschutz handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht im Sinne des § 16 ABGB. Ein solches Recht ist dadurch gekennzeichnet, dass es weder unter Lebenden noch von Todes wegen übertragbar ist, sondern mit der Person untergeht.⁴⁶¹ Wie oben aufgezeigt⁴⁶², ist zwar davon auszugehen, dass § 151 Abs 3 ABGB zwar auch Rechte im Sinne des ABGB erfasst, weil diese wie Sachen übertragbar sind bzw sein können. Unter die Definition der übertragbaren Rechte fällt jedoch nicht ein an der Person des Betroffenen *haftendes Grundrecht*. Das Recht auf Datenschutz ist jedoch unzweifelhaft ein solches an der Person haftendes, absolut *höchstpersönliches* Recht.

Abschließend soll noch einem (lediglich formalen) Argument gegen die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit entgegen getreten werden: Die Regelungen betreffend die Einsichts- und Urteilsfähigkeit wurden mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001⁴⁶³ in die österreichische Rechtsordnung eingefügt; das Datenschutzgesetz⁴⁶⁴ ist aber bereits im Vorjahr (nämlich 2000) in Kraft getreten. Hieraus könnte man den Schluss ziehen, dass eine analoge Anwendung aufgrund dieser zeitlichen Diskrepanz nicht in Frage käme. Allerdings kann hier schon die zeitliche Nähe des Zeitpunkts des Inkrafttretens der Gesetze und darüber hinaus ins Treffen geführt werden, dass diese Regelungen bloß als Ausformung beziehungsweise als eine Art *Kodifikation* eines bereits vor Aufnahme der *Einsichts- und Urteilsfähigkeit* in das ABGB anerkannten Rechtsgrundsatzes angesehen werden können.

Einen solchen Grundsatz hat die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Beispiel in den Entscheidungen 1 Ob 518/96, 3 Ob 562/84 oder 7 Ob 608/84 bereits lange vor der ausdrücklichen Verankerung im Gesetz als ein allgemeines Prinzip anerkannt. Im

⁴⁶¹ vgl § 1448 ABGB.

⁴⁶² Vgl. oben Punkt 7.1.2.

⁴⁶³ BGBl I 2000/135.

⁴⁶⁴ BGBl I 1999/165.

Übrigen könnte man mE sogar so weit gehen und die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit der §§ 151, 865 ABGB als vom Schutzgedanken getragene Ausnahme vom allgemeinen Prinzip der Einsichts- und Urteilsfähigkeit betrachten. Im Rahmen dieser Arbeit hat sich zumindest gezeigt, dass die Regelungen über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit und die Regelungen über die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit nicht konkurrieren, sondern sich vielmehr sinnvoll ergänzen: Sind höchstpersönliche Rechte betroffen, ist auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen abzustellen; bei Rechtsgeschäften, die keine höchstpersönlichen Lebensbereiche betreffen, ist weiterhin auf die althergebrachte Rechtsgeschäfts-Fähigkeit abzustellen.

Dass die analoge Anwendung der vom österreichischen Gesetzgeber in den Bestimmungen der §§ 138b und 146c ABGB vorgezeichnete Richtung stimmt, zeigt sich auch unter Berücksichtigung einer für das Datenschutzrecht beachtlichen europäischen Meinung: Die Artikel-29-Datenschutzgruppe stellte in ihrem am 18. Februar 2008 angenommenen Arbeitspapier 1/2008 sowie in ihrer am 11.2.2009 angenommenen Stellungnahme 2/2009 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schulen) mehrfach auf die besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten ab, aufgrund derer Minderjährige in der Lage sein können, eigenmächtig Entscheidungen im Bereich der Datengeheimhaltung bzw des Datenschutzes zu treffen.⁴⁶⁵ Diesen Dokumenten ist sohin eindeutig die Forderung nach einer flexibleren Beurteilung der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht zugrunde gelegt.⁴⁶⁶

11.1 Vorgehensweise in der Praxis

Im Rahmen dieser Arbeit wurde aufgezeigt, dass sich die Geschäftsfähigkeit zur Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung nach der Einsichts- und Urteilsfähigkeit und nicht nach der altersabhängig gestaffelten Rechtsgeschäfts-

⁴⁶⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 6, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 6,10.

⁴⁶⁶ Vgl auch unten Punkt 11.2.

Fähigkeit des ABGB richtet. Von enormer Bedeutung für die Praxis ist jedoch die Frage, wem die Beurteilung, ob ein Minderjähriger ausreichend einsichts- und urteilsfähig ist, obliegt und wie in diesem Zusammenhang vorzugehen ist.

Die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat zunächst durch denjenigen zu erfolgen, der die Bezug habende Erklärung abgibt – das ist der Minderjährige selbst. Allerdings kommt immer dann, wenn Minderjährige involviert sind, demjenigen eine wichtige Rolle zu, demgegenüber der Minderjährige die Erklärung abgibt: dem Erklärungsempfänger. Das Abstellen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit für sämtliche von Minderjährigen getätigte Rechtsgeschäfte würde daher zu einer unzumutbaren Belastung für den Verkehr führen. Aus diesem Grund ist die nach Altersstufen gestaffelte Rechtsgeschäfts-Fähigkeit für einen Großteil der von Minderjährigen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte beachtlich. Nur für bestimmte besonders eng mit der Person verbundene Angelegenheit kommt das Abstellen auf individuelle Fähigkeiten eines Minderjährigen in Frage.

Die Abgabe einer Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht ist einer dieser Fälle, in denen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit Maßstab für die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit ist.⁴⁶⁷ Das bedeutet, dass bei der Beurteilung der Fähigkeit zur Abgabe einer rechtswirksamen Zustimmungserklärung im Datenschutzrecht die individuelle Reife des Minderjährigen bewertet werden muss. Den Erklärungsempfänger trifft damit die Last, beurteilen zu müssen ob der Minderjährige, der ihm gegenüber eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung abzugeben beabsichtigt, in der Lage ist, die Bedeutung dieser Erklärung zu erfassen und sich dieser Einsicht entsprechend zu verhalten. Diese Aufgabe kann zusätzlich erschwert werden, wenn der Erklärungsempfänger den Minderjährigen nicht persönlich kennen lernt bzw. kennen lernen kann. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Minderjährige eine Zustimmungserklärung über das Internet abgeben will.

⁴⁶⁷ Siehe oben Punkt 7.4. (Zusammenfassung).

Der Gesetzgeber hat – zumindest für das Problem der Beurteilung der individuellen Einsichts- und Urteilsfähigkeit eines dem Erklärungsempfänger gegenüber stehenden Minderjährigen – durch die Normierung einer gesetzlichen Vermutung eine gewisse Erleichterung geschaffen: § 146c Abs 1 ABGB stellt für die Zustimmung zur medizinischen Heilbehandlung eine gesetzliche Vermutung auf, wonach Minderjährige ab Vollendung des 14. Lebensjahres (mündige Minderjährige) grundsätzlich über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit für die Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Durchführung einer medizinischen Heilbehandlung verfügen. Diese Vermutung kann auch im Datenschutzrecht analog angewendet werden. Sie führt dazu, dass einem mündigen Minderjährigen die für die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung erforderliche Reife grundsätzlich unterstellt werden kann. Der Empfänger darf bei einem mündigen Minderjährigen unter Heranziehung der gesetzlichen Vermutung sohin grundsätzlich vom Vorliegen der für den konkreten Fall erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit ausgehen – es sei denn, der Mangel wäre derart offensichtlich gewesen, dass überhaupt kein Vertrauen entstehen konnte.

Bei der gesetzlichen Vermutung des § 146c ABGB handelt es sich allerdings um eine Zweifelsregel.⁴⁶⁸ Das bedeutet, dass im Einzelfall auch Personen, die jünger als vierzehn Jahre sind, über geistige Fähigkeiten verfügen können, welche sie in die Lage versetzen, über die Vornahme einer medizinischen Heilbehandlung zu entscheiden. Dasselbe gilt für die Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Verwendung personenbezogener Daten. Demgegenüber kann einem mündigen Minderjährigen in einem konkret zu beurteilenden Fall diese Eigenschaft fehlen, weshalb dieser keine gültige Willenserklärung abgeben kann.

Das Abstellen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit kann also in der Praxis zu anderen Ergebnissen führen als die Anwendung der Regeln über die Rechtsgeschäfts-Fähigkeit: Einerseits können auch unmündige Minderjährige im Einzelfall über die erforderliche geistige Reife verfügen und daher rechtswirksame Zustimmungserklärungen abgeben,

⁴⁶⁸ *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293.

obwohl sie nach den althergebrachten Rechtsgeschäfts-Fähigkeitsgesichtspunkten noch nicht entsprechend handlungsfähig wären; andererseits kann es dazu kommen, dass mündigen Minderjährigen aufgrund der individuellen Beurteilung ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit die für die Abgabe einer konkreten Zustimmungserklärung erforderliche geistige Reife fehlt.

Die analoge Anwendung der Zweifelsregel des § 146c ABGB ist aber nicht nur im materiellen Recht sondern auch im Prozessrecht, konkret für die Beweislage, relevant: Erklärt ein mündiger Minderjähriger, für den zum Beispiel gemäß § 146c ABGB die Vermutung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit spricht, nach Abgabe der Zustimmungserklärung, über diese Eigenschaften im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung nicht verfügt zu haben, so müsste er deren Fehlen für den konkreten Fall nachweisen.⁴⁶⁹

Umgekehrt müsste der Erklärungsempfänger, der eine entsprechende Zustimmungserklärung von einem unmündigen Minderjährigen empfangen und daraufhin eine medizinische Heilbehandlung durchgeführt oder bestimmte personenbezogene Daten verarbeitet hat, im Streitfall beweisen, dass dieser im Sinne des § 146c Abs 3 ABGB (im Datenschutzrecht: § 146c Abs 3 ABGB *analog*) den Grund und die Bedeutung der Maßnahme einzusehen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen vermochte.

Sofern es sich um eine herkömmliche medizinische Heilbehandlung oder um die Verwendung von nicht sensiblen Daten handelt, ist die Erklärung allein des Minderjährigen ausschlaggebend. Hingegen ist bei mit schwerwiegenden Folgen verbundenen medizinischen Heilbehandlungen oder bei der Verwendung von sensiblen Daten – wie oben bereits ausgeführt⁴⁷⁰ – die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. In letzterem Fall kann der Erklärungsempfänger für gewöhnlich davon ausgehen, dass infolge einer seitens eines ausreichend einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen abgegebene Willenserklärung, die darüber hinaus vom gesetzlichen

⁴⁶⁹ *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) RZZ 759ff.

⁴⁷⁰ Siehe oben Punkt 7.2. sowie Punkt 7.4. (Zusammenfassung).

Vertreter geprüft und genehmigt wurde, eine gültige Zustimmungserklärung vorliegt. Hier ist der Erklärungsempfänger zusätzlich durch die Einwilligung oder Billigung durch den gesetzlichen Vertreter abgesichert, es sei denn die Datenverarbeitung widerspricht offensichtlich dem Wohl des Kindes.

Ein wesentlicher Schritt, der die Minderjährigen darauf vorbereitet, eigenverantwortliche und aufgeklärte Entscheidungen zu treffen, ist eine umfassende und verständliche Aufklärung über die wesentlichen Vorteile, Folgen und allfälligen Gefahren der Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung. Dies ist ein Punkt, der auch bei erwachsenen Zustimmungsenden oft übersehen wird: Ohne vorangegangene Information ist die Abgabe einer Zustimmungserklärung iSd § 4 Z 14 DSG schon definitionsgemäß unwirksam.

In der Praxis sind daher folgende Punkte besonders zu berücksichtigen:

- Die Minderjährigen sind umfassend aufzuklären. Im Falle der Verwendung sensibler Daten sind auch die gesetzlichen Vertreter ausreichend zu informieren.
- Die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit erfolgt für den individuellen Fall. Beurteilungsmaßstäbe sind die Datenarten (sensible oder nicht sensible Daten) zu deren Verwendung der Minderjährige zuzustimmen beabsichtigt und die dem Erklärungsempfänger gegenüber ersichtlichen und offen gelegten Fähigkeiten des betreffenden Minderjährigen.
- Bei mündigen Minderjährigen kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sie über die für die Abgabe der Zustimmungserklärung erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen. Ausgenommen hiervon sind Fälle, in denen offensichtlich ist, dass ein mündiger Minderjähriger über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht verfügt.

- Bei sensiblen Daten ist zusätzlich die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters einzuholen. Diesem obliegt es, die Entscheidung des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen für den konkreten Fall gegenüber dem Erklärungsempfänger zu bestätigen. Die Zustimmungserklärung des Minderjährigen selbst kann der gesetzliche Vertreter jedoch nicht ersetzen.

11.2 Europäische Einflüsse

Die Tendenz, den Minderjährigen die autonome Ausübung ihrer höchstpersönlichen Rechte zu ermöglichen, tritt in zahlreichen Gesetzesbestimmungen, die in den letzten zehn Jahren in Österreich in Kraft getreten sind, deutlich zutage. Gleichzeitig muss deren Schutz vor Benachteiligung im Geschäftsverkehr infolge Ausnutzens der geschäftlichen Unerfahrenheit gewährleistet werden. Im österreichischen Privatrecht ist aus diesem Grund zB für die Einwilligung eines Minderjährigen in eine schwerwiegende oder mit nachhaltigen Auswirkungen verbundene Heilbehandlung die zusätzliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.⁴⁷¹

Die Tendenz des österreichischen Gesetzgebers, mehr Selbstbestimmung gewährende Regelungen in die österreichischen Gesetze aufzunehmen, liegt auf einer Linie mit der auf europäischer Ebene für den Bereich des Datenschutzrechts zum Ausdruck gebrachten Meinung der Artikel-29-Datenschutzgruppe. Diese vertritt sowohl in ihrem Arbeitspapier 1/2008 als auch in ihrer Stellungnahme 2/2009 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schulen) den Standpunkt, dass Minderjährigen die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, von ihrem informationellen Selbstbestimmungsrecht Gebrauch zu machen. In diesen Dokumenten wird nicht nur ausführlich der Anwendungsfall *Schule* diskutiert, sondern auch die unterschiedlichen Anforderungen, welche sich aus der Unterscheidung in sensible und nicht sensible Daten ergeben.

⁴⁷¹ § 146c Abs 2 ABGB.

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hält in diesem Zusammenhang fest, dass die Verarbeitung von Gesundheitsdaten (sensible Daten) nur mit Einwilligung der Vertreter der Kinder erfolgen darf; dies entspricht dem durch die analoge Anwendung des § 146c ABGB erzielten Ergebnis.⁴⁷² Dagegen wird für die Zulässigkeit der Veröffentlichung von Fotos Minderjähriger, auf einer Schul-Website darauf abgestellt, ob das Kind in eigener Person die erforderliche Reife besitzt, um eine die Rechtsgrundlage für die Datenverwendung bildende Zustimmungserklärung abzugeben.⁴⁷³

Der von der Artikel-29-Datenschutzgruppe im Arbeitspapier 1/2008 und deren auf diesem Arbeitspapier aufbauenden Stellungnahme 2/2009 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schulen) zum Ausdruck gebrachten Sichtweise kommt für den österreichischen Rechtsanwender besondere Bedeutung zu: Diese Dokumente können durchaus als Auslegungshilfe für das DSG herangezogen werden.⁴⁷⁴ Das österreichische DSG enthält – ebenso wie die Datenschutzrichtlinie, auf der es beruht – keinerlei Hinweis darauf, dass Minderjährige von der Abgabe einer Zustimmungserklärung im Sinne des § 4 Z 14 DSG ausgeschlossen wären. Auch im Ministerialentwurf zur Datenschutzgesetz-Novelle 2008⁴⁷⁵ bzw in den Materialien zur Datenschutzgesetz-Novelle 2010⁴⁷⁶ sind keine Regelungen oder Erklärungen bezüglich der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger enthalten. Soweit ersichtlich, liegt auch noch keine innerstaatliche Rechtsprechung zu diesem Thema vor.

Den Entwicklungen und Anschauungsweisen auf europäischer Ebene ist weiters Rechnung zu tragen, weil seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union die

⁴⁷² Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 17; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 19.

⁴⁷³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 18; meines Erachtens wurde dieses Beispiel unglücklich gewählt, weil auch ein Foto sensible Daten enthalten kann (zB über den gesundheitlichen Zustand, wenn ein Kind im Rollstuhl sitzt oder über die rassische Abstammung aufgrund seiner Hautfarbe). Dies dürfte die Artikel-29-Datenschutzgruppe gleichfalls erkannt haben; in ihrer Stellungnahme 2/2009, 19, fordert sie nun – abweichend von ihrem im Arbeitspapier vertretenen Standpunkt – gleichfalls die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

⁴⁷⁴ Die Datenschutzkommission folgt und konkretisiert mitunter deren Anregungen; so zB iZm der Registrierung von Whistleblowing-Hotlines.

⁴⁷⁵ ME Datenschutzgesetz-Novelle 2008, 182/ME 23. GP.

⁴⁷⁶ ErläutRV 472 BlgNR 24. GP.

innerstaatliche Gesetzeslage nicht mehr isoliert betrachtet werden kann und darf. Innerstaatliche Rechtsnormen sind stets im Einklang mit den europäischen Regelungen und der allenfalls im Wege eines Vorabentscheidungs- oder Vertragsverletzungsverfahrens erfolgenden Rechtsprechung durch den EuGH auszulegen.⁴⁷⁷ Wenngleich sich die Artikel-29-Datenschutzgruppe aus Mitgliedern der jeweiligen unabhängigen nationalen Kontrollstellen zusammensetzt, also insofern kein *Organ* der EU ist und selbst keine europarechtlichen Sekundärnormen erlässt, ist ihren Äußerungen nichtsdestotrotz Bedeutung zuzumessen: Gemäß Artikel 30 Abs 1 lit a) der Richtlinie 95/46/EG gehört es zu ihrem Aufgabenkreis, alle Fragen im Zusammenhang mit den zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften zu prüfen, um zu einer einheitlichen Anwendung beizutragen. Zudem obliegt ihr gemäß lit c) und d) *leg cit* die Beratung der Kommission bei jeder Änderung der Richtlinie und gehört es zu ihren Aufgaben, Stellungnahmen zu den auf Gemeinschaftsebene erarbeiteten Verhaltensregeln abzugeben. Es ist also nicht auszuschließen, dass die in den Schriftstücken der Artikel-29-Datenschutzgruppe zum Ausdruck gebrachten Ansichten einmal Eingang in eine revidierte Datenschutzrichtlinie finden werden:

Im Arbeitspapier 1/2008 sowie in der Stellungnahme 2/2009 stellt die Artikel-29-Datenschutzgruppe klar, dass auch *Kinder*, nach österreichischer Diktion *Minderjährige*, unter gewissen Umständen selbst eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung abgeben können. Abgestellt wird seitens der Datenschutzgruppe einerseits auf die geistige Reife des Minderjährigen. Andererseits kann aus dem Arbeitspapier wie auch aus der Stellungnahme ersehen werden, dass auch die Materie, hinsichtlich der eine Zustimmungserklärung abgegeben werden soll, keine unwesentliche Rolle spielt.

So soll es Bereiche geben, in denen Minderjährigen alleine eine *rechtsgültige Einwilligung zur Verarbeitung ihrer eigenen Daten geben können*⁴⁷⁸. In anderen Fällen soll dagegen auf die Einwilligung beziehungsweise Nichterhebung von Einwänden seitens des gesetzlichen Vertreters abgestellt werden,⁴⁷⁹ während darüber hinaus stets zu

⁴⁷⁷ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 196 (*Konformitätsregel*).

⁴⁷⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

⁴⁷⁹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

beachten sei, dass *Kinder ab einem bestimmten Alter in der Lage sind, die sie betreffenden Angelegenheiten selbst zu beurteilen*⁴⁸⁰.

Tenor des Dokuments ist, dass dem Minderjährigen, wenngleich er noch nicht seine körperliche und geistige Reife zur Gänze erlangt hat, sondern sich gleichsam erst auf dem Weg dorthin befindet, dennoch eine größtmögliche Selbstbestimmung unter gleichzeitiger Gewährung größtmöglichen Schutzes und Fürsorge einzuräumen ist. Die Verarbeitung von Daten Minderjähriger kann mitunter zur Wahrung deren Wohls sogar dringend erforderlich sein, wie etwa in den Bereichen Bildung, soziale Sicherheit und Gesundheit.⁴⁸¹

Für die Frage, ob der Minderjährige zur rechtsgültigen Abgabe einer Zustimmungserklärung der Vertretung durch seinen gesetzlichen Vertreter bedarf, ist nicht nur aufgrund der im Rahmen dieser Arbeit angestellten Überlegungen, sondern auch entsprechend der Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe jedenfalls nicht von einem unumstößlichen Vorrang der Vertretungshandlungen des gesetzlichen Vertreters gegenüber den Handlungen eines Minderjährigen auszugehen.⁴⁸² Vielmehr kann der Grundsatz des Kindeswohls den Minderjährigen mitunter Befugnisse verleihen, die gegenüber den Wünschen der Eltern oder sonstigen gesetzlichen Vertretern Vorrang haben können.⁴⁸³

Dem Kindeswohl soll nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe stets Priorität gegenüber der Privatsphäre als auch der Forderung nach der Einwilligung eines Vertreters zukommen.⁴⁸⁴ Dies bedeutet, dass, sofern es das Kindeswohl erfordert, Daten auch ohne Zustimmung des (gesetzlichen) Vertreters verarbeitet werden dürfen. Als Beispiel nennen sowohl das Arbeitspapier 1/2008 als auch die Stellungnahme 2/2009,

⁴⁸⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 10.

⁴⁸¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 5; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 5.

⁴⁸² Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 5; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 5.

⁴⁸³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 5; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 5.

⁴⁸⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 6; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 6.

dass ein Jugendamt im Falle von Kindesmissbrauch oder Kindesverwahrlosung im Interesse des Kindes relevante medizinische Daten anfordern könnte.⁴⁸⁵

Nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe soll einem Minderjährigen nicht die Wahrnehmung seiner Datenschutzrechte unter Berufung auf sein geringes Alter verwehrt werden. Die eigenverantwortliche Wahrnehmung diene vielmehr der Förderung der Entwicklung von Minderjährigen, wobei *hinsichtlich ihrer Mitspracherechte [...] verschiedene Lösungen denkbar [sind], angefangen von der Anhörung des Kindes über eine parallele Einwilligung des Kindes und des Vertreters bis hin zur alleinigen Einwilligung des Kindes, sofern es bereits die nötige Reife besitzt*⁴⁸⁶.

Im Rahmen dieser Arbeit wurde aufgezeigt, dass eine Auslegung des österreichischen Datenschutzrecht diesen Vorgaben und Kriterien nicht entgegen steht, sondern diese vielmehr ausformt.

11.3 Fazit

Abschließend kann daher festgehalten werden, dass – bei entsprechender Berücksichtigung der erörterten Grundsätze – ein wirksamer Schutz der personenbezogenen Daten Minderjähriger bei gleichzeitiger Ermöglichung der Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts gewährleistet werden kann und muss.

Zu beachten und an oberste Stelle zu setzen ist – insbesondere bei möglicherweise auftretenden Interessenkollisionen zwischen dem gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen und diesem selbst – stets das Kindeswohl.

⁴⁸⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 6; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 6.

⁴⁸⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 6; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 6.

Für den Fall, dass datenschutzrelevante Erklärungen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines datenschutzfremden Geschäft abzugeben sind (zB im Rahmen der Begründung einer Mitgliedschaft zu einem Fußballverein, soweit die erhobenen Daten über die für die Verwaltung der Mitgliedschaft erforderlichen Informationen hinausgehen) ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass es jedem datenschutzrechtlichen Auftraggeber unbenommen ist, eigene Regelungen hinsichtlich des Personenkreises festzulegen, mit dem sie kontrahieren wollen. Legt ein Unternehmer zum Zwecke der Vermeidung von Unklarheiten im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit eines potentiellen Vertragspartners generell fest, dass er nur mit volljährigen Personen bzw mündigen Minderjährigen kontrahieren und in diesem Zusammenhang datenschutzrechtliche Zustimmungserklärungen entgegennehmen will, so ist dies zu akzeptieren. Dies ist jedoch keine datenschutzrechtliche Fragestellung sondern ein Thema der Geschäftspolitik.

11.4 Aufklärung

Stellt man auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit als maßgebliches Kriterium für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit im Zusammenhang mit der Abgabe einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung ab, so liegt es auch an den Minderjährigen selbst, ihr eigenes Wissen und Können einzusetzen: Eine wesentliche Grundlage für die Ermöglichung der Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts ist somit jedenfalls die *Aufklärung über die Bedeutung des Datenschutzes und der Privatsphäre*⁴⁸⁷ um die junge Generation zu *mündigen Bürgern der Informationsgesellschaft*⁴⁸⁸ zu erziehen.

⁴⁸⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 20; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 22.

⁴⁸⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 20; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009, 22.

In diesem Zusammenhang sind nicht nur die Eltern gefordert. Es liegt auch an den Schulen bzw Lehrern, die Minderjährigen über die Bedeutung und die Wichtigkeit des Schutzes personenbezogener Daten aufzuklären. Nicht zuletzt durch dieses im Rahmen von Bildung und Erziehung erworbene Wissen wird den Minderjährigen letztlich die für die Selbstbestimmung erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit vermittelt. Je früher in einem Menschen das Bewusstsein geweckt wird, dass Daten alles andere als eine abstrakte Kombination aus Buchstaben und Zahlen sind, desto früher vermag dieser von seinem informationellen Selbstbestimmungsrecht Gebrauch zu machen.

Dies hat auch die österreichische Datenschutzkommission bereits erkannt. Sie hat das Thema *Aufklärung Minderjähriger* bereits aufgegriffen und mit Unterstützung des Bundesministeriums für Unterricht, Kunst und Kultur sowie von saferinternet.at eine Informationsbroschüre mit dem Titel *Du bestimmst...* herausgegeben.⁴⁸⁹

Auf knapp 30 Seiten wird den Minderjährigen das Thema *Datenschutz* näher gebracht, die wichtigsten Themen werden jugendgerecht aufbereitet. Die bunte Gestaltung und die Anführung zahlreicher lebensnaher Beispiele geben den Minderjährigen ein anschauliches Bild von den Gefahren, welche mit einem allzu leichtfertigen Umgang mit personenbezogenen Daten einher gehen können. Besonders ausführlich werden die für Minderjährige aktuellen (und interessanten) Themen Internet (zB Facebook, Youtube, rassistische Websites) sowie Videoüberwachung behandelt.

Nun liegt es an den Eltern, Lehrern und letztendlich an den Minderjährigen selbst, dieses Angebot zu nutzen und einen ersten Schritt in Richtung Information, Aufklärung und bewusste Auseinandersetzung mit dem Thema *Datenschutz* zu setzen, denn:

Du bestimmst!⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ <http://www.dsk.gv.at/DocView.axd?CobId=38031> gedruckt am 30.3.2010

⁴⁹⁰ Informationsbroschüre „Du bestimmst...“ der Datenschutzkommission mit Unterstützung des Bundesministeriums für Unterricht, Kunst und Kultur sowie von saferinternet.at, <http://www.dsk.gv.at/DocView.axd?CobId=38031> .

12 Zusammenfassung

Das Datenschutzgesetz (DSG) legt fest, unter welchen Voraussetzungen die Verwendung personenbezogener Daten zulässig ist. Eine der wichtigsten Grundlagen in der Praxis ist die Zustimmungserklärung des Betroffenen. Diese wird in § 4 Z 14 DSG definiert. Allerdings lässt sich dem DSG nicht entnehmen, ob auch Minderjährige rechtswirksam eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung abgeben können. Einschlägige Rechtsprechung liegt – soweit ersichtlich – ebenfalls noch nicht vor.

Die Auslegung des Begriffes der *Zustimmung* führt zu dem Ergebnis, dass eine Regelungslücke vorliegt. Diese ist mittels Analogie zu schließen. Eine passende Analogiebasis findet sich in § 146c ABGB. Diese Bestimmung stellt auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen und nicht auf die starre Rechtsgeschäftsfähigkeit, wie sie in den §§ 151, 865 ABGB geregelt ist, ab.

§ 146c ABGB unterscheidet weiters zwischen *normalen* medizinischen Heilbehandlungen und solchen, die mit schwerwiegenden oder nachhaltigen Auswirkungen verbunden sein können. Letzteren kann der einsichts- und urteilsfähige Minderjährige nur unter strengeren Voraussetzungen, nämlich unter Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters, seine Einwilligung erteilen. Diese Differenzierung entspricht der dem DSG zugrunde gelegten Unterscheidung zwischen sensiblen und nicht sensiblen Daten.

Die vorliegende Arbeit weist nach, dass ein ausreichend einsichts- und urteilsfähiger Minderjähriger nicht nur selbst seine Einwilligung für eine *normale* medizinische Heilbehandlung abgeben kann, sondern auch eine rechtswirksame datenschutzrechtliche Zustimmung zur Verwendung nicht sensibler personenbezogener Daten; ab Erreichen des vierzehnten Lebensjahres kann das Vorliegen der erforderlichen geistigen Fähigkeiten analog zu § 146c Abs 1 ABGB vermutet werden. Diese Zustimmung kann

nicht durch eine Erklärung des gesetzlichen Vertreters ersetzt werden.

Bei der Verwendung sensibler personenbezogener Daten ist – wie bei Heilbehandlungen, die mit schwerwiegenden oder nachhaltigen Auswirkungen verbunden sein können – zusätzlich die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

Grundlage für eine rechtswirksame Zustimmungserklärung ist aber in jedem Fall eine vorangehende vollständige und verständliche Information (Aufklärung) des Minderjährigen sowie - im Falle der Verwendung sensibler Daten – des gesetzlichen Vertreters.

Summary

The Austrian Data Protection Act (ADPA) defines the prerequisites for the processing of personal data. One of the most important legal bases in practice is the data subject's consent, which is defined in sec. 4 cif. 14 ADPA. However, the ADPA does not clarify whether a data controller can obtain a minor's valid consent. Apparently, there is no case law on this matter so far.

Interpretation of the term consent indicates a regulatory gap which has to be filled by analogy. In this context sect. 146c of the Austrian Civil Code (ACC) provides a suitable basis for comparison. Unlike sect. 151 and sect 865 ACC, which define a rigid system re a minor's capacity to contract, sect. 146c ACC focuses on the minor's ability to understand the reasons and implications of his/her decisions and to act accordingly.

Sect. 146c ACC further distinguishes between normal medical treatments and treatments which may lead to serious adverse reactions or undesirable long-term effects. If a minor intends to consent to the latter he additionally needs his/her parent's additional approval. This distinction is comparable with the ADPA's distinction between sensitive and non sensitive data.

This paper aims to prove that a minor who is able to understand the reasons and the implications of his decision (which can be assumed when the minor is at least fourteen years old; sect. 146c par. 1 ACC per analogiam) can give a valid consent with respect to a normal medical treatment as well as to the processing of non sensitive personal data. A consent given by his/her parent cannot replace the minor's consent.

If a minor wants to receive a medical treatment which may lead to serious adverse reactions or undesirable long-term effects or if he/she wants to consent to the processing of sensitive data the parent's additional approval is required.

In any case the data controller is required to give the minor and – if sensitive data are to be processed – the parent prior complete and clear information.

13 Lebenslauf und Danksagung

13.1 Lebenslauf

Seit 1.9.2008	Rechtsanwaltsanwarterin in Wien, Spezialisierung Datenschutzrecht
1.12.2007 bis 31.8.2008	Gerichtsjahr am BG Donaustadt sowie am ASG Wien
seit 1.10.2007	Dr.-Studium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
1.10.2003 bis 1.10.2007	Diplomstudium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
2003	Matura, Bundesgymnasium Waidhofen/Thaya

13.2 Danksagung

Diese Arbeit ist nur durch die Motivation und Unterstützung so vieler Personen möglich geworden, dass es unmöglich ist, mehr als nur die wichtigsten zu nennen. Daher möchte ich all jenen danken, die mich immer wieder ermuntert haben, neben dem anstrengenden Berufsalltag nicht aufzugeben, sondern weiter zu machen. Einen besonderen Dank möchte ich meinen Eltern Ingrid und Reinhold Marous aussprechen, die mir das Studium an der Juristischen Fakultät ermöglicht haben. Herrn Mag. Martin Bulwas, LL.M, danke ich für geduldiges Zuhören und Korrekturlesen. Für die Förderung des Interesses am Datenschutzrecht möchte ich Herrn RA Mag. Dietmar Huemer, LL.M, danken.

14 Abkürzungsverzeichnis

aA	= anderer Ansicht
ABGB	= Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie
ABl	= Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	= Absatz
aF	= alte Fassung
AMG	= Bundesgesetz vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz - AMG)
arg	= argumento (folgt aus)
Art	= Artikel
ASVG	= Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AsylG	= Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005)
AVG	= Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991
BGB, dBGB	= Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI	= Bundesgesetzblatt
B-VG	= Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	= beziehungsweise
dh	= das heißt
DSG	= Datenschutzgesetz 2000, Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten, BGBl I 1999/165 idF 2009/135 (Vorgängergesetz war das Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Schutz personenbezogener Daten, BGBl Nr 1978/565)
etc	= et cetera
f	= und der/die folgende
GebG	= Gebührengesetz 1957
GewO	= Gewerbeordnung 1994
GrundG, dGrundG	= Grundgesetz (Deutschland)
gem	= gemäß

ggf	= gegebenenfalls
Hrsg	= Herausgeber
idF	= in der Fassung
ie	= id est (das ist)
iSd	= im Sinne des/der
iSv	= im Sinne von
iVm	= in Verbindung mit
KindRÄG	= Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz
leg cit	= legis citatae (der zitierten Vorschrift)
maW	= mit anderen Worten
mE	= meines Erachtens
MRK	= (Europäische) Menschenrechtskonvention
mwN	= mit weiteren Nennungen
Rz, RZ	= Randziffer
SchülerbeihilfenG	= Bundesgesetz über die Gewährung von Schulbeihilfen und Heimbeihilfen (Schülerbeihilfengesetz 1983)
sog	= so genannt, -e, -er, -es
StbG	= Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 - StbG)
TKG	= Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003)
UrhG	= Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UVP-G	= Bundesgesetz über die Prüfung der Umweltverträglichkeit (Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 - UVP-G 2000)
vgl	= vergleiche
WAG	= Bundesgesetz über die Beaufsichtigung von Wertpapierdienstleistungen (Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 – WAG 2007)
zB	= zum Beispiel
ZP-MRK	= Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention
ZPO	= Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung - ZPO)
zT	= zum Teil

15 Literatur- und Judikaturverzeichnis

15.1 Literaturverzeichnis

Aigner/Schwamberger, Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie Information des BMGF, RdM 2004/88.

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 1996.

Arnold, Ausübung der Gestaltungsrechte eines Stifters durch einen Sachwalter, GeS 2003, 479

Art-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008 vom 18.2.2008.

Art-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009 zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schulen) vom 11.2.2009

Brandstätter, Photo Publicity Rights, ipCompetence 2011 H 5, 20.

Brauneder, Neuere Europäische Privatrechtsgeschichte¹⁰, 2003.

Haidenthaller, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen / Gedanken zum neuen § 146c ABGB, RdM 2001, 163.

Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² (11. Ergänzungslieferung 2010)

Dokalik, Mein Baby ist ein Star!, FamZ 05/2006,4.

Dullinger, Zur prozessualen Handlungsfähigkeit Minderjähriger im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, JBl 1998, 399 ff.

Feichtenberger, Teens im Cyber-Krieg, Weekend Wien/NÖ/Bgld (Printausgabe), Nr 6, 1./2. April 2011, 6f.

Fischer-Czermak, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004/83.

Fischer-Czermak, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 2.

Fischer-Czermak, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293.

Füszl/Semp, Pharmazeutische Vorschriften (29. Ergänzungslieferung) § 42 Arzneimittelgesetz.

Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen (Teil I), ÖJZ 2004/4.

Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen (Teil II), ÖJZ 2004/7.

Graf, Datenschutzrecht im Überblick, 2004.

Grossen, in Gutzwiller (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht II, 1967, 285 – 377.

Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, 2001, 30.

Hengstschläger/Leeb, AVG, 2004.

Hofmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, NZ 2007/37.

Holoubek/Kalss, Schnittstellen des privaten und öffentlichen Wirtschaftsrechts, ÖZW 2000, 77.

Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil I), ÖJZ 2001, 485.

Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht I (2005) § 6.

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³, 2006.

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

Leissler, Social Networks – Datenschutz in der vernetzten Welt, ecolex 2010, 834.

Jahnel, Datenschutzrecht, 2010.

Jahnel/Siegwart/Fercher (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, 2007.

Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.), Datenschutzgesetz², 2006.

Mayer-Schönberger / Brandl, Datenschutzgesetz², 2006

Müller, Ein geschäftsunfähiger Arbeitsloser, RdA 1994, 72.

ÖBV Pädagogischer Verlag GmbH (Hrsg.), Österreichisches Wörterbuch³⁸ (1997) 323.

Öhlinger, Verfassungsrecht⁸, 2009.

Raschauer, Einführung in die Rechtswissenschaften und ihre Methoden – Öffentliches Recht⁷, Studienjahr 2003/04, 44.

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 2009.

Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸, 2010.

Rohrböck, Die Prozessfähigkeit minderjähriger Asylwerber, ZfV 1991, 1 ff.

Rummel, Kommentar zum ABGB³, 2000.

Rummel, ABGB³, 1. ErgBd, 2003.

Sonntag, Einführung in das Internetrecht, 2009, 238-239.

Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht⁵, 2009.

Zettel, Facebook zwingt zum Online-Strip, Kurier (Printausgabe), 24.9.2011, 13.

Zierl, Die Prozessfähigkeit in Verwaltungsverfahren, die straßenverkehrsrechtliche Angelegenheiten betreffen, ZVR 1981, 33.

Zierl, Zur Rechts- und Prozessfähigkeit im allgemeinen Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1984, 113 ff.

Zierl, Was sind Taschengeldgeschäfte?, ÖZPR 2010/97.

15.2 OGH

OGH 15.12.2010, 4 Ob 119/10v

OGH 17.12.2009, 6 Ob 247/08d

OGH, 7.11.2007, 6 Ob 57/06 k

OGH 25.5.2007, 6 Ob 103/07a

OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t

OGH 8.7.2003, 4 Ob 137/03 f

OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f

OGH 13.9.2001, 6, Ob 16/01 y

OGH, 14.11.2000, 14 Os 128/00

OGH 8.3.1994, 4 Ob 18/94

OGH 6.7.1989, 7 Ob 618/89

OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84

OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81

OGH 27.1.1983, 8 Ob 572/82

OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81

OGH 14.5.1981, 7 Ob 57/80.

OGH 28.10.1976, 6 Ob 676/76

OGH 29.6.1971, 4 Ob 330/71

OGH SZ 65/108

15.3 VwGH

VwGH 28.6.2011, 2009/11/0082

VwGH 25.8.2010, 2009/03/0150

VwGH 23.9.2009, 2009/01/0038

VwGH 19.12.2007, 2006/08/0319

VwGH 28.2.2007, 2006/16/0136

VwGH 21.2.2007, 2006/06/0043

VwGH 25.1.2007, 2006/16/0181

VwGH 23.3.2006, 2005/07/0091

VwGH 18.1.2005, 2004/05/0068.

VwGH 18.9.2003, 2000/16/0615

VwGH 18.9.2003, 2000/16/0599

VwGH, 16.7.2003, 2002/01/0341

VwGH 22.3.2000, 2000/04/0029

VwGH 25.3.1999, 96/20/0487

VwGH 8.9.1998, 96/08/0207

VwGH 19.11.1997, 97/12/0271 (Hinweis auf VwGH 9.11.1981, 12/1651/80)

VwGH 6.5.1996, 95/10/0195

VwGH 1.12.1992, 92/08/0181

VwGH 22.9.1988, 88/08/0250

VwGH 8.9.1988 96/08/0207

VwSlg 11.625 A/1984, 4412 F/1972

15.4 VfGH

VfGH 9.10.2000, B1824/99

VfGH 10.10.1996, B2844/95

VfGH 2.10.1996, A7/96

15.5 Datenschutzkommission

Bescheid der Datenschutzkommission vom 20.6.2008, K600.054-001/0002-DVR/2008.

Bescheid der Datenschutzkommission vom 20.6.2008, K600.055-001/0002-DVR/2008.

Bescheid der Datenschutzkommission vom 12.9.2003, K202.028/006-DSK/2003.

15.6 UBAS

UBAS, 21.4.2006, 300.896-C1/E1-IV/44/06

15.7 Ausländische, Europäische Entscheidungen

OLG Frankfurt, 6 U 168/04, 30.6.2005 (Skoda-Autokids-Club)

EuGH, Rs C-101/01, Lindquist

BVerfG (Deutschland) 15.12.1983, BVerfGE 65,1 (Volkszählungsurteil, informationelles Selbstbestimmungsrecht)

BGHZ 13, 334, Urteil vom 25. Mai 1954 (Veröffentlichung von Briefen)

16 Gesetzesmaterialien, Richtlinien

ErläutRV 1613 BlgNR 20. GP (Datenschutzgesetz)

ErläutRV 952 BlgNR 22. GP (Fremdenrechtspaket 2005)

ErläutRV 296 BlgNR 21. GP (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001)

Ministerialentwurf, Vorblatt und Erläuterungen, 182/ME XXIII. GP

Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr, Abl L 281 v 23.11.1995, 31

Richtlinie 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

Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I Nr 2011/4

Verordnung des Bundeskanzlers über Standard- und Musteranwendungen nach dem Datenschutzgesetz 2000 (Standard- und Muster-Verordnung 2004 - StMV 2004) idF BGBl II Nr 2011/105.

17 Internet

<http://www.dsk.gv.at/DocView.axd?CobId=38031> gedruckt am 5.11.2011 (Broschüre *Du bestimmst...* der Datenschutzkommission mit Unterstützung des Bundesministeriums für Unterricht, Kunst und Kultur sowie von saferinternet.at)

Artikel-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier 1/2008, 2; abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp147_de.pdf

Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2009; abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp160_de.pdf