

Vergaberecht an der Kippe

Neue Richtlinien

Neuvergabe nach Ges-Machtwechsel

Britain
breaks Brexit?

§ 275 UGB
Abtretung von Ansprüchen
der Insolvenzmasse

GrESt und die
Vermögensopfertheorie

Haftung der Pensionskasse
Systemwechselnde Übertragungen

StPRÄG: Verteidiger- & Opferrechte
Unklar & Null zur Beweiswürdigung:
Warum?

Glücksspielrecht
Transparenzgrundsatz

Die (zukünftige) Zulässigkeit der Einbindung datenschutzrechtlicher Zustimmungen in AGB

In der Praxis werden datenschutzrechtliche Erklärungen häufig in AGB eingebettet. In den meisten Fällen handelt es sich inhaltlich um Zustimmungen iZm Datenanwendungen zu Werbezwecken. Je nach tatsächlicher Ausgestaltung ist dies auf Basis der aktuellen Gesetzeslage zulässig, wenngleich vermehrt kritisch hinterfragt. Die strengere Tendenz der Rsp sowie insb die anstehenden Änderungen durch die Datenschutz-GrundVO stellen den etablierten Marktstandard jedoch auf die Probe.

AXEL ANDERL / NINO TLAPAK

A. Aktuelle gesetzliche Basis

Nach dem DSGVO ist eine datenschutzrechtliche Zustimmung dann erforderlich, wenn weder (i) eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder Verpflichtung zur Datenverarbeitung noch (ii) überwiegende berechtigte Interessen des Auftraggebers vorliegen und auch keine (iii) lebenswichtigen Interessen des Betroffenen eine Verarbeitung der Daten legitimieren. Einer der häufigsten Anwendungsfälle ist die werbliche (elektronische und telefonische) Kontaktaufnahme nach § 107 TKG. In der Lehre hat sich die Meinung durchgesetzt, dass auch für diese Einwilligung die allgemeinen Grundsätze des DSGVO anwendbar sind.¹⁾ Gem § 4 Z 14 DSGVO muss die Zustimmungserklärung (i) auf einer umfassenden Information des Betroffenen beruhen, (ii) von ihm ohne Zwang erteilt werden und (iii) über die jederzeitige, grundlose Widerrufbarkeit aufklären. Der Begriff „ohne Zwang“ wird in der Praxis allerdings nicht eng – wie etwa durch Abstellen auf Drohung oder List –, sondern weiter iS von „freiwillig“ ausgelegt. Dies findet seinen Ursprung insb in der englischen Fassung der DatenschutzRL 95/46/EG, die von „freely given“ spricht. In Deutschland ist die Frage der Freiwilligkeit einer Einwilligung bereits seit Jahren umstritten und es wird hier stellenweise eine strengere Auslegung als in Österreich vertreten. Dies ist jedoch zT auf detailliertere (strengere) Regelungen zurückzuführen.²⁾ In Österreich wurde die Thematik erst viel später und deutlich gedämpft rezipiert:

B. Entwicklung der Rsp

Neben den anderen Voraussetzungen für eine gültige Zustimmung wurde insb in der jüngeren Vergangenheit auch das Erfordernis der Freiwilligkeit verstärkt geprüft:

1. Stellungnahme der Art-29-Datenschutzgruppe

Die Art-29-Datenschutzgruppe hat sich bereits 2011 mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit auseinandergesetzt.³⁾ Dabei hält sie fest, dass eine Zustimmung dann ohne Zwang erfolgt, „wenn die betroffene Person eine tatsächliche Wahlmöglichkeit hat und kein Risiko einer

Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtlicher negativer Folgen besteht, wenn sie die Einwilligung nicht erteilt“. Trotz mehrerer Beispiele für nicht ausreichend freiwillige Zustimmungen wird an keiner Stelle die Verknüpfung der Einwilligung mit AGB bzw einem Vertragsabschluss inkriminiert. Diese – ältere – Stellungnahme stellt vielmehr auf wesentlich ausgefalleneren Sachverhalte ab, bei denen der Betroffene von der Leistung und/oder dem Vertragspartner derart abhängig ist, dass er die Zustimmung de facto abgeben muss (fehlende Alternativangebote).

2. Empfehlung der Datenschutzbehörde

Die Datenschutzbehörde („DSB“) hat im Jahr 2012 eine Empfehlung zur Beurteilung der Freiwilligkeit einer datenschutzrechtlichen Zustimmung ausgesprochen.⁴⁾ Da im Anlassfall ein Vertragsabschluss nur durch Akzeptanz der AGB möglich war, war es dem Betroffenen laut DSB „nicht möglich den angestrebten Vertrag (...) abzuschließen, ohne gleichzeitig die in Pkt 6 der AGB enthaltene Zustimmungserklärung abzugeben“. Diese Koppelung der Zustimmung an den Vertragsabschluss ist nach Ansicht der DSB „nicht mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit“ vereinbar. Vielmehr handle es sich um eine Klausel, die „nicht im synallagmatischen Zusammenhang mit den (...) angebotenen Leistungen steht, sondern in Wahrheit mit diesen Leistungen überhaupt nichts zu tun hat“. Die (gesetzlich zwingend vorgesehene) jederzeitige Widerrufsmöglichkeit und der diesbezügliche Hinweis ändern nach Auffassung der DSB nichts an dem Umstand, dass die Erklärung von vornherein freiwillig erfolgen müsse. Die DSB hat darüber hinaus auch explizit festgehalten, dass die Freiwilligkeit streng zu

RA Dr. Axel Anderl, LL. M. (IT-Law), ist Partner bei Dorda Brugger Jordis Rechtsanwältinnen GmbH und leitet den IT/IP und Media Desk der Kanzlei. RAA Mag. Nino Tlapak, LL. M. (IT-Law), ist Rechtsanwaltsanwärtin in seinem Team mit Schwerpunkt auf Datenschutzrecht und IT-Projekte.

- 1) Vgl ua *Leissler/Wolfbauer*, Marketing und Datenschutz: Die Kunst der elektronischen Werbung, *ecolex* 2015, 511.
- 2) Vgl ua die Regelungen im deutschen Telemediengesetz (insb § 13 Abs 2 TMG). Vgl bereits *Schaar*, Datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, *MMR* 2001, 644 mwN.
- 3) Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187).
- 4) Datenschutzkommission 13. 7. 2012, K212.766/0010-DSK/2012.

beurteilen und eine Einbindung in AGB nicht zulässig sei. Vielmehr müsse der Vertragsabschluss auch ohne Abgabe der Zustimmung möglich sein.

Die Empfehlung ist nicht (unmittelbar) verbindlich.⁵⁾ Sie hat in der Lehre zudem auch durchaus kritische Stellungnahmen hervorgerufen: Der Betroffene könne den Vertragsabschluss ja auch anderweitig – sei es technisch auf andere Art oder bei einem anderen Vertragspartner – tätigen und damit der Koppplungswirkung entgehen.⁶⁾ Der bisherigen marktüblichen Praxis der Integration von Zustimmungen in AGB hat die Empfehlung der DSB allerdings keinen Abbruch getan. Sie hat in der Praxis aber zumindest dazu geführt, dass Unternehmen auf ihre Datenschutzklauseln – sei es durch Fettdruck oder Hinweise im Zustimmungstext bei der Vereinbarung der AGB – verstärkt aufmerksam machen.⁷⁾

3. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

2014 hat sich sodann das BVwG mit der Einwilligung nach § 107 TKG auseinandergesetzt:⁸⁾ Im Anlassfall war die Zustimmungserklärung in AGB integriert. Das in erster Instanz zuständige Fernmeldebüro Wien monierte auf Basis der Empfehlung der DSB, dass diese mangels Freiwilligkeit des Erklärenden ungültig sei. Das BVwG nimmt sich dieser Thematik schließlich nur über einen Umweg an, da es im Gegensatz zur ersten Instanz im konkreten Fall die Zulässigkeit der Berufung auf die Soft-Opt-in-Ausnahme⁹⁾ bejaht: Die Tatsache, dass innerhalb der AGB ausdrücklich die Möglichkeit des Widerrufs unter Angabe einer E-Mail-Adresse eröffnet wird, reicht für die von § 107 Abs 3 Z 3 TKG geforderte Möglichkeit der Ablehnung „ohne Aufwand und somit kostenfrei und problemlos“ aus.

Auch wenn sich aus der Entscheidung des BVwG nichts zu den Rahmenbedingungen der Freiwilligkeit ablesen lässt, ist sie für die Praxis durchaus bedeutsam: Erstmals wurde eine – uU unzulässige – Zustimmungserklärung in eine zulässige Ablehnungsmöglichkeit umgedeutet und damit saniert.¹⁰⁾ Für die rechtmäßige Berufung auf die Soft-Opt-in-Variante ist daher bereits der bloße Hinweis auf die Widerrufbarkeit der Zustimmung unter Angabe einer kostenfreien und problemlosen Kontaktmöglichkeit in AGB ausreichend.

4. Zivilrechtliche Entscheidungen

Schließlich befassten sich zuletzt auch die Zivilgerichte mit der Gültigkeit von datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärungen:¹¹⁾ Das HG Wien wertete die Koppelung des Vertragsabschlusses mit der zwangsweisen datenschutzrechtlichen Zustimmung als Verstoß gegen das Freiwilligkeitsgebot. Für eine gültige Zustimmung sei es erforderlich, dass der Betroffene bei der ersten Erklärung die Wahlmöglichkeit habe, ob er seine Daten zur Verwendung freigeben möchte oder nicht. Aufgrund des Verstoßes sei die zu prüfende Klausel gröblich benachteiligend, ungewöhnlich, überraschend und damit ungültig.¹²⁾ Das OLG Wien bestätigte diese Position – wenn auch nur in einem Beisatz.¹³⁾ Der OGH wies die Re-

vision des Bekl in dem mehrere Klauseln umfassenden Verfahren *grosso modo* als nicht erheblich zurück und äußerte sich daher inhaltlich nicht zur konkreten, einzelnen Klausel und damit nicht zum Erfordernis der Freiwilligkeit.

5. Zwischenfazit

Mangels höchstgerichtlicher inhaltlicher Entscheidung ist die aktuelle Marktpraxis der Einbettung einer datenschutzrechtlichen Zustimmung in AGB in Österreich nicht *per se* unzulässig. Bei transparenter und umfassender Beschreibung der Datenverwendung sowie Hervorhebung der Klausel kann weiter eine Gültigkeit der Einwilligung auch gemeinsam mit der Zustimmung zu AGB vertreten werden. Dies gilt umso mehr, wenn im Begleittext der Checkbox für die Zustimmung zu den AGB auch auf die darin enthaltene datenschutzrechtliche Bestimmung verwiesen wird. In Zukunft wird die Berufung auf diese Argumentationslinie durch die Datenschutz-GrundVO („DSGVO“) jedoch erschwert:

C. Ausblick auf die Datenschutz-GrundVO

Die Mitte 2018 unmittelbar in den MS in Kraft tretende DSGVO wird neue Rahmenbedingungen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten natürlicher Personen innerhalb der EU setzen. Art 4 Z 11 DSGVO definiert die Zustimmung grundsätzlich wie bisher § 4 Z 14 DSG, wobei in der englischen Fassung wiederum auf „*freely given*“ abgestellt wird. Darüber hinaus stellt die DSGVO nähere Rahmenbedingungen für die Beurteilung der Freiwilligkeit, aber auch die Einbettung einer Zustimmungserklärung in AGB auf: Art 7 Abs 2 DSGVO legt fest, dass bei Einholung durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, das Ersuchen

5) Vgl ua VwGH 19. 12. 2006, 2006/06/0301.

6) Vgl ua *Leissler/Wolfbauer*, *ecolex* 2015, 512.

7) In der Internetpraxis werden die AGB idR durch eine Checkbox mit einem Hinweistext, der nun oft um eine Aufklärung zur Datenschutzerklärung ergänzt ist, vereinbart: zB „*Ich akzeptiere die AGB und insbesondere die in Pkt xx enthaltene datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung*“.

8) BVwG 27. 6. 2014, W120 2002340-1.

9) Nach § 107 Abs 3 TKG ist keine Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post erforderlich, wenn (i) der Absender die Kontaktdaten iZm dem Verkauf einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung von seinem Kunden erhalten hat, (ii) die Nachricht für eigene Waren oder Dienstleistungen erfolgt, (iii) dem Empfänger im Zeitpunkt der Datenerhebung eine kostenfreie und problemlose Ablehnungsmöglichkeit zugestanden ist und (iv) der Empfänger nicht im Vorfeld eine Zusendung abgelehnt hat (zB durch Eintragung in die § 7 Abs 2 ECG-Liste). Diese – streng auszulegende (s VwGH 2008/03/0008) – Ausnahmerebestimmung nennt man in der Praxis „Soft Opt-in“.

10) Vgl *Leissler/Wolfbauer*, *ecolex* 2015, 512.

11) HG Wien 21. 11. 2014, 39 Cg 31/13x; OLG Wien 22. 4. 2015, 4 R 13/15 h; OGH 22. 9. 2015, 4 Ob 135/15 d.

12) Vgl § 879 Abs 3, § 864 a ABGB iVm § 8 Abs 1 Z 2, § 9 Abs 1 Z 6 DSG.

13) OLG Wien 22. 4. 2015, 4 R 13/15 h: „*Abgesehen davon dass – wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat – die geforderte Freiwilligkeit in der alten Version der AGB-Erklärung an der verpflichtenden Zustimmung scheitert, ohne die eine Abonnement-Bestellung nicht möglich war, (...)*“.

in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache erfolgen muss, sodass die Zustimmung von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Obwohl dies eher in die Richtung deutet, dass eine Einholung via Fettdruck in AGB weiterhin zulässig sein soll, statuiert aber Art 7 Abs 4 DSGVO eine restriktive Beurteilung der Freiwilligkeit und stellt darauf ab, ob die Vertragserfüllung von der Einwilligung abhängig gemacht wird:¹⁴⁾ Die enge Auslegung wird auch durch die ErwGr 42 und 43 gestützt: Danach muss davon ausgegangen werden, dass keine freiwillige Zustimmung erfolgt, wenn (i) unterschiedliche Sachverhalte mit einer statt mit separaten Erklärungen abgedeckt werden oder (ii) die Vertragserfüllung von einer Zustimmung abhängig gemacht wird, obwohl sie dafür gar nicht erforderlich ist.

D. Fazit

Auf Basis der aktuellen Gesetzeslage ist die Implementierung von datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärungen in AGB bei entsprechender Ausgestaltung nicht *per se* unzulässig. Auch gibt es bis *dato* keine höchstgerichtliche Rsp, die die fehlende Freiwilligkeit und/oder Unzulässigkeit einer transparent implementierten Erklärung feststellen würde.¹⁵⁾ In Zukunft wird die etablierte Praxis jedoch durch das Kopplungsverbot¹⁶⁾ in Art 7 Abs 4 DSGVO auf die Probe gestellt. Aus Art 7 Abs 2 DSGVO ergibt sich aber, dass auch zukünftig eine Einholung von

Zustimmungserklärungen in AGB möglich sein muss: Sonst hätte die Norm keinen Anwendungsbereich.¹⁷⁾ Um der Norm diesen zu erhalten, muss die Einbindung jedenfalls zulässig sein, wenn die Zustimmung Daten betrifft, die auch für die Vertragserfüllung benötigt werden. Die Verarbeitung anderer Daten ist nach dem neuen Regime wohl aber nur auf Basis einer separaten, freiwilligen Zustimmungserklärung möglich. Das letzte Wort in dieser Auslegungsfrage wird wohl der EuGH haben, der dabei aber die als Zweck der DSGVO in ErwGr 3 definierte Gewährleistung des freien Verkehrs personenbezogener Daten zwischen den Mitgliedstaaten berücksichtigen muss.

14) Art 7 Abs 4 DSGVO: „Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

15) Im Gegenteil gibt es sogar – ältere – E des OGH, in denen er sich (wenn auch vorsichtig) für die Gültigkeit von in AGB integrierten Zustimmungserklärungen ausspricht (zB OGH 2. 8. 2005, 1 Ob 104/05).

16) Vgl www.datenschutzbeauftragter-info.de/grundverordnung-anforderungen-an-eine-einwilligung (abgefragt am 12. 5. 2016).

17) *Effet utile* als zentrale Auslegungsregel für unionsrechtliche Normen. In EuGH C-390/95 P, *Antillean Rice Mills*, Slg 1999, I-769 Rn 67, vertritt der EuGH eine Auslegung mit der Begründung, dass andernfalls die betreffende Gemeinschaftsvorschrift „inhaltsleer“ wäre. Vgl auch EuGH C-102/97; C-15/03; C-438/05.