

Rechtssichere Zustimmungserklärungen in Online AGB – Eine Empfehlung der DSK*

Die datenschutzrechtliche Wirksamkeit von Zustimmungserklärungen beschäftigt nicht nur immer wieder die Zivilgerichte,¹ sondern stellt in der Praxis eine kaum zu unterschätzende Hürde eines rechtssicheren Betriebs eines Online-Shops dar. Der folgende Beitrag erörtert anhand einer jüngst veröffentlichten Empfehlung der Datenschutzkommission (DSK) die technischen und rechtlichen Lösungsansätze. Eine Checkliste rundet die Ergebnisse ab.

Deskriptoren: DSG, Online AGB, Zustimmungserklärung, Widerruf, Opt-in

Normen: §§ 4 Z 14, 8 Abs 1, 30 AbsG DSG

Von Clemens Thiele

1. Ausgangsfall²

Der Einschreiter führte aus, ein österreichisches Unternehmen hole in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen für ein Produkt (AGB), veröffentlicht auf deren Website, Zustimmungen von den Kunden für die Ver-

wendung ihrer Daten ua für Gewinnspiele und Spendenaktionen ein. Der Einschreiter sieht sich im Ergebnis dadurch in seinem Recht auf Geheimhaltung verletzt, dass er durch die Einbindung dieser Zustimmungserklärung in die AGB den dort genannten Datenverwendungen zustimmen muss.

Eine von den AGB getrennte Annahme dieser Zustimmungserklärung im Internet ist nicht möglich, da zum Abschluss der Bestellung folgender Text durch Tickbox angenommen werden muss: „*Ich bestätige hiermit, den Inhalt der AGB ... und insbesondere die in deren Punkt 6 enthaltene Zustimmung zur Verarbeitung und Übermittlung meiner Daten zur Kenntnis genommen zu*

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

1 Vgl OGH 22.06.2011, 2 Ob 198/10x, *justIT* 2011/87, 181 (Thiele) = *Zak* 2012/45, 28 (Gerbarth) = *RdW* 2012/23, 19 = *ZVR* 2012/92, 166 (Katbrein) mwN zur Rsp.

2 DSK 13.07.2012, K212.766/0010-DSK/2012, *justIT* 2012, 147 (König).

haben, und erkläre mich damit einverstanden.“ Der Abschluss des Vertrages ohne Abgabe der Zustimmungserklärung ist daher nicht möglich.

Im Kontroll- und Ombudsmannverfahren hatte die DSK daher darüber zu befinden, ob sich das belangte österreichische Unternehmen als Auftraggeber für die Zulässigkeit der in Klausel 6 der AGB genannten Datenverwendungen auf eine ausdrückliche datenschutzrechtliche Zustimmung (iS des § 4 Z 14 DSGVO) gemäß § 7 Abs 1 iVm § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO stützen könnte?

2. Die Entscheidung der Behörde

Die DSK verneinte eine Rechtswirksamkeit der Zustimmungsklausel. Im konkreten Fall war es nämlich für den Kunden nicht möglich, den angestrebten Vertrag abzuschließen, ohne gleichzeitig die in Punkt 6 der AGB enthaltene Zustimmungserklärung (nicht) abzugeben. Dieser Umstand ist mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit iSd § 4 Z 14 DSGVO und § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO unvereinbar. Dass dem Kunden die Möglichkeit eingeräumt wurde, die von ihm zunächst abgegebene Zustimmungserklärung jederzeit zu widerrufen („Opt-out“), konnte an der Unwirksamkeit nichts zu ändern. Die jederzeitige Widerrufbarkeit änderte nichts daran, dass die Erklärung vorher freiwillig abgegeben worden sein musste.

Im Anlassfall hatte der Kunde nur die Wahl, vom Abschluss des Vertrags Abstand zu nehmen oder die Zustimmungserklärung zu erteilen. Dem käme deshalb beachtliches Gewicht zu, weil es sich bei dieser Zustimmungserklärung um eine Klausel handelte, die nicht im synallagmatischen Zusammenhang mit den vertraglichen Leistungen steht, sondern in Wahrheit mit diesen Leistungen überhaupt nichts zu tun hatte. Die gewählte Gestaltung der AGB führte daher zum Ergebnis, dass auch jene Kunden, die nie bereit wären, eine derartige Zustimmung zu erteilen, aber dennoch den Vertrag abschließen wollten, eine entsprechende Zustimmungserklärung zunächst abgeben müssten, um sie erst in weiterer Folge widerrufen zu können. Dieses Ergebnis wäre mit der – streng zu beurteilenden – Freiwilligkeit datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen nicht zu vereinbaren. Die DSK trug eine Herstellung des rechtmäßigen Zustandes, dh eine Änderung der AGB, binnen zwei Monaten auf.

3. Eigene Stellungnahme

3.1. Voraussetzungen an eine wirksame Zustimmung iS des § 4 Z 14 DSGVO

Empfehlungen der DSK nach § 30 Abs 6 DSGVO stellen Rechtsakte sui generis³ dar, kommen eher seltener vor und dienen „zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes“ aufgrund eines konkreten Anlassfalls. Mit dem vorliegenden Beschluss klärt die DSK die praktisch höchst bedeutsame Frage nach den Anforderungen an eine rechtsgültige Zustimmungserklärung, im Besonderen nach deren Freiwilligkeit.

Gefordert wird demzufolge die **informierte Zustimmung**. Personenbezogene Daten dürfen immer dann verwendet werden, wenn die Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt sind. Dies ist nach den §§ 8, 9 DSGVO ua dann bei **Zustimmung des Betroffenen** iS des § 4 Z 14 DSGVO gegeben: Maßgebend ist die gültige, insbesondere *ohne Zwang* abgegebene *Willenserklärung* nach §§ 861, 869 ABGB des Betroffenen, sodass er in *Kenntnis der Sachlage* für den *konkreten* Fall in die *Verwendung* seiner Daten einwilligt. Diese Definition schließt für die Zukunft abgegebene allgemeine Zustimmungserklärungen aus.

Nach der klaren Auffassung der DSK verdient vor allem das Kriterium der **Freiwilligkeit** einer datenschutzrechtlich wirksamen Zustimmung besonderes Augenmerk. Die Einwilligung muss freiwillig erfolgen, was konkret bedeutet, dass der betroffenen Person eine Handlungsalternative zur Verfügung stehen muss. Dem Kunden bzw Nutzer muss faktisch eine Alternativlösung geboten werden, wenn er die abzurufende Dienstleistung nicht mit der Bekanntgabe seiner Daten verknüpfen möchte.⁴ Es dürfte auch preislich keine Benachteiligung bestehen bzw allenfalls ein marginaler Unterschied.

3.2. Konsequenzen für die Praxis von Online-Shops

Für die Praxis empfiehlt sich folgende **Checkliste**:

Anforderungen an eine Zustimmungserklärung

- grundsätzlich gilt Formfreiheit: auch mündlich (Beweisproblem), konkludent (schlüssig iSv § 863 ABGB) oder als Teil der AGB möglich⁵

³ So *Flendrovsky/König/Kotschy*, Die Datenschutzkommission in Sachs/Thanner (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006), 1, 31.

⁴ Vgl dazu bereits *Thiele*, Domainvergabe und Datenschutz, in: Jähnel (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2011 (2012), 151, 158.

⁵ OGH 02.08.2005, 1 Ob 104/05h: Zustimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich.

- Willenserklärung: im zivilrechtlichen Sinn (§§ 861, 869 ABGB); Art hängt vom Adressaten ab, dh bei Konsumenten höhere Anforderungen als bei Geschäftsleuten. Klare Abgrenzung von zustimmungspflichtigen Datenübermittlungen von anderen.

Tipp: ausdrückliche Unterschrift, getrennt von sonstigen Vereinbarungen, deutlich hervorgehoben und erhöhte Informationspflichten.⁶

- Kenntnis der Sachlage: Aufklärung über Umfang der Datenarten, Inhalt der Daten, Zweck der Datenverwendung (ua Datenweitergabe), Empfänger der Daten (so detailliert, dass der Betroffene die konkreten Empfänger erkennen kann), insbesondere bei der Zustimmung zu Werbezwecken.⁷
- für den konkreten Fall: bestimmter Zweck und exakte Bedingungen; Pauschalzustimmungen, ohne besonderen Zweck sind unzulässig.⁸

- Widerrufshinweis: gesetzlich nicht vorgeschrieben, aber Rsp⁹ tendiert zur Widerrufsmöglichkeit in derselben Klausel wie Zustimmung, ansonsten besteht eine Irreführungsmöglichkeit.

Zu beachten ist auch, dass nach der ausdrücklichen Anordnung des § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO der „Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt“. Daraus ergeben sich zumindest zwei wesentliche Konsequenzen. Nach erfolgtem Widerruf muss sich die Datenanwendung auf einen anderen Zulassungstatbestand stützen können, um weiterhin rechtmäßig zu bleiben.¹⁰ Zum anderen darf der Widerruf der Einwilligung auf das Vertragsverhältnis mit dem Adressaten der Einwilligung keinen Einfluss haben, m.a.W. eine Kündigung der Vertragsbeziehung durch den Anbieter wegen des Widerrufs ist mE unzulässig.¹¹

Zusammenfassung

Nach Auffassung der Datenschutzkommission stellt sich die Einbindung datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) idR als nicht zulässig dar. Vielmehr muss dem Kunden die gesonderte Möglichkeit gegeben

werden, den angestrebten Vertrag auch ohne die Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung abzuschließen („Opt-in“-Lösung), etwa durch eine Gestaltung der AGB auf einer Website, bei der die Zustimmungserklärung gesondert anzuklicken ist.

6 Vgl OGH 20.03.2007, 4 Ob 221/06p, ecolex 2007/252, 601 (*Wilhelm*) = ÖBA 2007/1450, 981 (*Rummel*) = RZ 2007/EÜ 340/341/342/343/344/345/346, 226 = KRES 1d/95 = RdW 2008/10, 53 (*Gebringer*); nunmehr auch DSK 13.7.2012, K212.766/0010-DSK/2012 – Zustimmungsklausel in AGB, jusIT 2012, 147 (*König*).

7 Vgl OGH 20.03.2007, 4 Ob 221/06p, ecolex 2007/252, 601 (*Wilhelm*) = ÖBA 2007/1450, 981 (*Rummel*) = RZ 2007/EÜ 340/341/342/343/344/345/346, 226 = KRES 1d/95 = RdW 2008/10, 53 (*Gebringer*).

8 OGH 27.01.1999, 7 Ob 326/98m – *In alle Welt*, ecolex 1999/183 = KRES 15/24 = RdW 1999, 457.

9 Vgl OGH 20.03.2007, 4 Ob 221/06p, ecolex 2007/252, 601 (*Wilhelm*) = ÖBA 2007/1450, 981 (*Rummel*) = RZ 2007/EÜ 340/341/342/343/344/345/346, 226 = KRES 1d/95 = RdW 2008/10, 53 (*Gebringer*); 20.03.2007, 4 Ob 221/06p, ecolex 2007/252, 601 (*Wilhelm*) = ÖBA 2007/1450, 981 (*Rummel*) = RZ 2007/EÜ 340/341/342/343/344/345/346, 226 = KRES 1d/95 = RdW 2008/10, 53 (*Gebringer*).

10 ZB. überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers an der Vertragserfüllung oder weiteren Abwicklung iS des § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO.

11 Vgl zur ähnlichen Problematik § 107 Abs 1 TKG 2003; Art 13 EDSRL.