



*Ausblick:* So verheißungsvoll das Fakt-oder-Fake Erkennungstool auch gewesen sein mag, bloß sendungsbegleitend war es nicht. Damit verbleibt für die Rundfunkmacher am Küniglberg auch künftig ein schmaler Grat zwischen dem Anbieten von Bonusmaterial zur Nachrichtensendung und dem „teuren“ Rechteinkauf für die Online-Verbreitung, die ein Angebotskonzept an die KommAustria vorab nach § 5a ORF-G erfordert.

*Zusammenfassend* hat der VwGH entschieden, dass zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen die Beurteilung, ob ein konkretes Angebot als „sendungsbegleitend“ zulässig iSd § 4e Abs 3 ORF-G 2001 ist, eine strenge fallbezogene Würdigung der jeweiligen Gesamtumstände erfordert.

Bearbeiter: Clemens Thiele

## DATENSCHUTZ & E-GOVERNMENT

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU) • Salzburg

### Vorlageantrag des OGH: Personalisierte Facebook Werbung – Bloße Vertragserfüllung oder Einwilligungsbedürftigkeit?

» jusIT 2021/90

Facebook; Max Schrems; Werbung, personalisierte; Targeting; Social Media; Vertragserfüllung, rechtfertigende; Einwilligungslösung, erforderliche; Schadenersatz; Datenschutzverstoß; „massiv genervt“

§ VO (EU) 2016/679: Art 5 Abs 1 lit b und c, Art 6 Abs 1 lit a, Art 7, 9 Abs 1 und Abs 2 lit e, Art 77; AEUV Art 267; DSGVO: § 29 Abs 1

Die Auseinandersetzung zwischen *Max Schrems* und *Facebook* hat neuerlich zu einer Vorlage des OGH an den EuGH geführt. Das österreichische Höchstgericht ersucht mit dem im Folgenden erläuterten Beschluss<sup>1</sup> um unionsrechtliche Klärung, ob eine Einwilligung iSv Art 6 Abs 1 Satz 1 lit a DS-GVO durch die Vertragserfüllung nach Art 6 Abs 1 Satz 1 lit b DS-GVO ausgetauscht werden kann. MaW: Der OGH will vom EuGH wissen, wie weit die Vertragserfüllung nach Art 6 Abs 1 Satz 1 lit a DS-GVO die Verarbeitung der in einem Facebook Account vom User preisgegebenen personenbezogenen Daten zu Zwecken der personalisierten Werbung durch das Social Network trägt. Der folgende Beitrag ordnet die Fragestellung in den bisherigen datenschutzrechtlichen Zusammenhang ein und versucht einen weitergehenden Ausblick auf mögliche Online-Werbeformen zu geben.

#### 1. Einleitung

Der Ausgangsfall hat die österreichischen Gerichte bereits mehrfach und zur Zuständigkeitsfrage den EuGH schon einmal beschäftigt, wovon an dieser Stelle wiederholt berichtet worden ist.<sup>2</sup> Das nunmehr eingeleitete Vorlageverfahren dreht sich im Kern um das Verhältnis zwischen Einwilligung und Vertragserfüllung als Rechtgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der personalisierten Werbung in einem Sozialen Netzwerk. Das wohl für Ende des nächsten Jahres zu erwartende Urteil wird weitreichende Konsequenzen auf das Geschäftsmodell der Social-Media-Betreiber haben. Erste Überlegungen dazu runden den Beitrag ab.

<sup>1</sup> OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 56/21k (Personalisierte Facebook Werbung), ECLI:AT:OGH0002:2021:0060OB00056.21K.0623.001.

<sup>2</sup> OGH 20. 7. 2016, 6 Ob 23/16z (Verbrauchergerichtsstand in Datenschutzsachen), jusIT 2016/95, 215 (Thiele); EuGH 25. 1. 2018, C-498/16 (Schrems/Facebook Irland) und OGH 28. 2. 2018, 6 Ob 23/18b, jusIT 2018/70, 195 (Thiele); OGH 23. 5. 2019, 6 Ob 91/19d (Eigenzuständigkeit bei Datenschutzverletzungen), jusIT 2019/55, 161 (Jahnel/Thiele).

## 2. Der Ausgangsfall

Der Kläger ist *Max Schrems*. Die Beklagte ist *Facebook Irland Ltd.* Im zugrunde liegenden (Gesamt-)Verfahren beim LGfZRS Wien hatte der Kläger insgesamt zwölf Begehren gestellt. Über die Hälfte davon hat der OGH zunächst mit Teilurteil erledigt.<sup>3</sup> Das weitere Verfahren wurde in Bezug auf die übrigen Ansprüche unterbrochen, bis der EuGH über das mit Beschluss vom selben Tag eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren entschieden hat.

Der Vorabentscheidungsbeschluss betrifft daher nur einen Teil der Ansprüche, so dass im Folgenden nur der relevante Sachverhalt in stark gekürzter Form dargestellt wird. Der für die bereits durch Teilurteil entschiedenen Verfahren relevante Sachverhalt bleibt vorbehalten.<sup>4</sup>

Zunächst lohnt ein Blick auf die – im Folgenden zusammengefassten und vereinfachten – Urteilsanträge. Der Kläger begehrte im Wesentlichen die Feststellung, dass

- die von Facebook eingeholten Einwilligungen keine gültigen Einwilligungen iSv Art 7 DS-GVO darstellten;
- Facebook nicht über eine Einwilligung zur Verarbeitung von Daten verfügte, die es von Dritten für seine eigenen Zwecke erhalten hat, wie im Einzelnen beschrieben.

Darüber hinaus möchte der Kläger, dass Facebook verpflichtet wird, die Verwendung seiner personenbezogenen Daten in Zukunft zu unterlassen

- für personalisierte Werbung, Aggregation und Analyse zu Werbezwecken;
- bei der Verarbeitung von Daten im Zusammenhang mit dem Besuch oder der Nutzung von Websites Dritter (insb durch den Einsatz sog „Social Plugins“ oÄ), sofern dies ausschließlich zum Zweck der Darstellung der Website-Elemente erfolgt oder eine wirksame Einwilligung (Opt-In) vorliegt;
- die Facebook von Dritten für eigene Zwecke erhalten hat, es sei denn, es liegt eine wirksame Einwilligung (Opt-In) vor;
- im Rahmen der Datenanwendung „Graph Search“ sowie durch ähnliche Techniken, es sei denn, es liegt eine wirksame Einwilligung (Opt-In) vor.

Die beiden Unterinstanzen hatten zT äußerst lieblos – ohne sich mit den Begehren oder den zugegebenermaßen komplexen Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen – die Klage noch abgewiesen, insb mit der „Scheinbegründung“ einer Rechtmäßigkeit nach Art 6 Abs 1 lit b DS-GVO wegen der Erfüllung eines Vertrags zur Bereitstellung einer „personalisierten“ Plattform.

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen generiere Facebook selbst keine Inhalte und stelle nur die Infrastruktur (kostenlos) zur Verfügung: Facebook erhält die (verknüpften)

personenbezogenen Daten. Das Wirtschaftsmodell der Beklagten besteht darin, durch personalisierte Werbung und kommerzielle Inhalte, die auf denselben Vorlieben und Interessen basieren, Einnahmen zu erzielen. Zu diesem Zweck stellt Facebook sog „Business Tools“ zur Verfügung, die sich wiederum in drei vom Gericht näher beschriebene Tools unterscheiden lassen. Die jeweiligen Werbetreibenden müssen Bedingungen („Policies“) akzeptieren, bevor sie diese nutzen können. Der Kläger hat alle Nutzungsbedingungen vor und nach der Einführung der DS-GVO – wobei sein Konto zwischenzeitlich mangels Einwilligung gesperrt wurde – sowie alle Aktualisierungen aktiv oder passiv akzeptiert.

Insb berief sich die Beklagte in ihrer Datenrichtlinie („Daten-AGB“) auf die Einwilligung ihrer Nutzer\*innen in die Verarbeitung besonders geschützter Daten und nannte als Beispiele etwa „politische Meinungen“ und „für wen man sich ‚interessiert‘“. Eine solche ausdrückliche Einwilligung hatte der Kläger aber nicht erteilt.

Der Kläger wählte die von Facebook angebotene Option, keine Daten von Werbetreibenden und anderen Partnern über Aktivitäten außerhalb von Facebook-Produkten zum Zweck der Anpassung von Anzeigen zu verwenden. *Max Schrems* hatte selbst keine sensiblen Daten zu seinem Profil hinzugefügt. Nur seine „Facebook-Freunde“ konnten zukünftige Beiträge oder Beiträge in seiner Zeitleiste sehen; seine „Freundesliste“ war nicht öffentlich. Der Kläger hatte sich auch (bewusst) dagegen entschieden, dass Facebook die Informationen zu den Profildfeldern „Beziehungsstatus“, „Arbeitgeber“, „Berufsbezeichnung“ und „Ausbildung“ für gezielte Werbung verwendet.

Die Beklagte verarbeitete (auch mit dem Kläger) das Interesse an „sensiblen Themen“ wie Gesundheitsfragen, sexuelle Orientierung, ethnische Gruppen und politische Parteien. Es ist möglich, eine Zielgruppe für Werbung auch nach diesen Interessen zu definieren. Facebook erlaubt daher Werbung für Männer aufgrund ihres Interesses an Männern und für Menschen aufgrund ihres Interesses an Homosexualität, politischen Parteien oder Krankheiten.

Dem Kläger wurde eine Werbung für einen österreichischen Politiker gezeigt, die auf der Analyse beruhte, dass er anderen „Kunden“ ähnelte, die diesen Politiker mit „Gefällt mir“ markiert hatten. Der Kläger erhielt auch regelmäßig Werbung, die sich an homosexuelle Personen richtete, und Einladungen zu entsprechenden Veranstaltungen, obwohl er sich zuvor nicht für die konkrete Veranstaltung interessiert hatte und die Veranstaltungsorte nicht kannte. Diese Anzeigen oder Einladungen beruhten nicht direkt auf der sexuellen Orientierung des Klägers oder seiner „Freunde“, sondern auf einer Analyse ihrer Interessen.

Die Liste seiner Aktivitäten außerhalb von Facebook umfasste Apps oder Websites von *Romeo Gay Dating & Chat*, *Grindr Gay chat* und *Facebook*. Seine Daten enthalten eine E-Mail-Adresse, die nicht existierte, und eine E-Mail-Adresse, die er nicht in seinem Profil angegeben, die er aber bei der Kontaktaufnahme mit der Beklagten verwendet hatte.

<sup>3</sup> OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 56/21k (Massiv genervt), ECLI:AT:OGH0002:2021:0600B00056.21K.0623.000: Zuspruch von € 500 an immateriellem Schadenersatz nach § 29 Abs 1 DSG; dazu gleich unten Pkt. 3.2.

<sup>4</sup> Ansatzweise dazu Pkt. 3.2.; Einzelheiten und Hintergründe zum gesamten Verfahren sind abrufbar unter <<https://noyb.eu/de/breaking-oesterr-ogh-fragt-eugh-ob-facebook-die-dsgvo-seit-2018-illegal-untergraebt>> (8. 11. 2021).

### 3. Die Entscheidung des OGH

#### 3.1. Vorlage an den EuGH

Der OGH hat einen Teil der im Verfahren geltend gemachten Ansprüche, die nicht durch Teilurteil erledigt wurden, gewissermaßen „abgeschichtet“ und den EuGH um Klärung der im Leitsatz wiedergegebenen Fragen ersucht.

Den Kernpunkt des vorliegenden Verfahrens bildet, ob die Willenserklärung zur Verarbeitung von der Beklagten unter das Rechtskonzept der „Vertragserfüllung“ geschoben werden kann, um damit den deutlich höheren Schutz, den eine „Einwilligung“ für den Kläger bietet, auszuhebeln. Hierfür erachtet der OGH den „objektiven Vertragszweck“ als maßgeblich und meint: die „Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung hängt davon ab, ob ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Datenverarbeitung und dem konkreten Zweck des rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses besteht. [...] Die Tatsache, dass die Zwecke der Verarbeitung durch vom Anbieter formulierte Vertragsklauseln abgedeckt sind, bedeutet nicht automatisch, dass die Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags erforderlich ist.“<sup>5</sup>

Ebenfalls legt der OGH dem EuGH die Frage zur Auslegung vor, ob es mit dem Grundsatz der Datenminimierung vereinbar ist, dass Facebook alle personenbezogenen Daten von Nutzern (auch jene, welche von Dritten durch zB Cookies, Social Plugins oder Pixel gesammelt werden) ohne Einschränkung für personalisierte Werbung analysiert, aggregiert oder verarbeitet. Weitere zwei Vorlagefragen befassen sich mit der zulässigen Verwendung von sensiblen Daten etwa für Werbezwecke, wenn Facebook diese Daten nicht vom Nutzer unmittelbar erhalten hat bzw sie diese nicht bereits auf der Plattform veröffentlicht haben, die Informationen jedoch öffentlich bekannt sind.

#### 3.2. Teilurteil zum Schadenersatz<sup>6</sup>

Mit Teilurteil vom selben Tag zur selben GZ billigte das zivile Höchstgericht dem Kläger gestützt auf Art 82 Abs 1 DS-GVO Schadensersatz iHv € 500 gem § 29 Abs 1 DSG zu.<sup>7</sup> Den Hauptgrund dafür bildete der wohl vielen Facebook-Nutzern bekannte Kontrollverlust, der vorliegend an der verspäteten Auskunftserteilung festgemacht wurde. Konkret behauptet und durch seine Einvernahme bewiesen sei der Kläger hierdurch „massiv genervt“ gewesen. Dies reichte aus, um dem Kläger einen Schadenersatz gem Art 82 DS-GVO zuzusprechen. Mit dem Wort „massiv“ werde zum Ausdruck gebracht, dass „tatsächlich ein spürbarer und objektiv nachvollziehbarer immaterieller Schaden“ vorliegen müsse, einer „psychische(n) Beeinträchtigung“ oder einer „tiefe(n) Ver-

unsicherung“ bedürfe es jedoch nicht, da „solche Umstände von Art 82 DSGVO nicht verlangt werden“.<sup>8</sup> Den Betrag erachtete das Höchstgericht für angemessen – der Annahme eines niedrigeren Betrages stünde der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz entgegen.

Schließlich dient der Geldbetrag dem Ausgleich, weil die Beklagte dem Kläger auf Anfrage nicht, wie in der DS-GVO vorgesehen, alle vom Netzwerk verarbeiteten personenbezogenen Daten zur Verfügung gestellt hatte, sondern eine Eigeneinschätzung über die „relevanten“ Daten vornahm. Der 6. Senat betont, dass es allein in der Sphäre und Verantwortung der Beklagten lag, die Vollständigkeit der Datenauskunft nachzuweisen. Auch die Art und Weise, wie der Konzern die Auskunft erteilte, spielte für das Schmerzensgeld eine Rolle. Hervorzuheben ist die Beurteilung des Höchstgerichts dazu, wie Facebook mit dem über 1.000 Seiten langen Auskunftsdokument mit mindestens 60 Datenkategorien und einer Vielzahl von Datenpositionen des Klägers umgegangen ist: „Zutreffend verweist der Kläger darauf, dass die DSGVO von einem einmaligen Auskunftersuchen, nicht von einer ‚Ostereier-Suche‘ ausgeht.“<sup>9</sup>

Der zugesprochene (immaterielle) Schadenersatz wegen der zahlreichen Datenschutzverletzungen mag absolut sehr niedrig anmuten, erscheint aber in Anbetracht der sehr restriktiven Zusprüche österreichischer Gerichte bemerkenswert. Nicht auszudenken, würden alle ca 5 Millionen Facebook-Nutzer\*innen in Österreich<sup>10</sup> für ihr Nichtwissen, was Facebook mit ihren persönlichen Daten so alles anstellt, auf Schadenersatz klagen und jeweils € 500 erhalten.<sup>11</sup>

### 4. Eigene Stellungnahme und Ausblick

Die vorliegenden Entscheidungen des OGH erlauben es, einen näheren Blick auf die Werbemethoden in Social Media wie Facebook zu werfen. Bei Sozialen Netzwerken handelt es sich um Kommunikationsplattformen im Online-Bereich, die es dem Einzelnen ermöglichen, sich Netzwerken von gleichgesinnten Nutzern anzuschließen bzw solche zu schaffen.<sup>12</sup>

#### 4.1. Datenschutzrechtliche Rollenverteilung

Zur Rollenverteilung bei einem Sozialen Netzwerk hält der OGH fest: Verantwortlicher ist jede natürliche oder juristische Per-

<sup>5</sup> Rz 60 des Urteils.

<sup>6</sup> OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 56/21k (Massiv genervt), ECLI:AT:OGH0002:2021:00600B00056.21K.0623.000.

<sup>7</sup> Zu den Anforderungen im Einzelnen vgl Thiele in Thiele/Wagner (Hrsg), Praxiskommentar zum DSG (2020) § 29 DSG Rz 6 ff.

<sup>8</sup> Rz 173 des Urteils.

<sup>9</sup> Rz 153 des Urteils.

<sup>10</sup> Stand Juli 2021 lt Statista, abrufbar unter <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/296115/umfrage/facebook-nutzer-in-oesterreich/>> (08. 11. 2021).

<sup>11</sup> Der Gesamtumsatz von Facebook belief sich im Jahr 2020 auf rund 86 Milliarden US-Dollar, ie ca 74,4 Milliarden Euro. Zu den nochmals gesteigerten Umsatzzahlen 2021 vgl Statista: Umsatz Facebook 2021, abrufbar unter <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/237434/umfrage/umsatz-von-facebook-weltweit-quartalszahlen/>> (8. 11. 2021).

<sup>12</sup> So bereits Art 29 DS-Gruppe, StN 5/2009, 01189/09/DE/WP 163, abrufbar unter <[https://cnpd.public.lu/content/dam/cnpd/de/publications/group-art29/wp163\\_de.pdf](https://cnpd.public.lu/content/dam/cnpd/de/publications/group-art29/wp163_de.pdf)> (8. 11. 2021).

son, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle (personenbezogener Aspekt), die allein oder gemeinsam mit anderen (pluralistische Kontrolle) über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Beim Verantwortlichen handelt es sich um jene Person oder Einrichtung, die dafür zu sorgen hat, dass die Datenschutzbestimmungen der DS-GVO eingehalten werden. Das bedeutet konkret, dass die Beklagte einen Dienst der Informationsgesellschaft<sup>13</sup> als Verantwortliche betreibt, die personenbezogene Daten des Klägers<sup>14</sup> für eigene (personalisierte) Werbezwecke verarbeitet.<sup>15</sup>

#### 4.2. Personalisierte Werbung als Verarbeitungstätigkeit

Darüber hinaus stellten die Gerichte fest, dass Facebook Cookies, Social Plugins und Pixel verwendet. Grob zusammengefasst ermöglichen es diese Tools Facebook, Informationen über Internetnutzer\*innen zu sammeln, die externe Websites nutzen, auch wenn sie selbst keine Facebook-Nutzer\*innen sind – und zB die Social Plugins nicht verwenden.<sup>16</sup>

Die vorliegenden Entscheidungen erläutern im Detail, inwieweit Facebook dem Kläger personalisierte Werbung anbietet und mit welchen Informationen die sog „Business Tools“ arbeiten. Bei den Letzteren handelt es sich um Bewertungs- und Analysedienste von Facebook, die es Werbetreibenden ermöglichen, die Wirksamkeit von Werbung zu ermitteln und festzustellen, wie Website-Nutzer\*innen mit den Inhalten ihrer Websites interagieren. Streitgegenständlich sind im Wesentlichen drei verschiedene (Werbe-)Tools, nämlich „Custom Audience Tool“, „Lookalike Audience Tool“ und „Core Audience Function“.

Pars pro toto gilt: Facebook Lookalike Audience ist ein Werbe- und Behavioral Targeting-Service von Facebook Inc, der Daten verwendet, die von Facebook Custom Audience gesammelt wurden, um Anzeigen für Nutzer\*innen mit ähnlichem Verhalten zu schalten, die bereits in einer Custom Audience-Liste enthalten sind, basierend auf ihrer früheren Nutzung dieser Applikation (dieser Website) oder der Interaktion mit relevanten Inhalten über die Facebook-Anwendungen und -Dienste hinweg. Auf der Grundlage dieser Daten werden personalisierte Anzeigen für Nutzer\*innen angezeigt, die von Facebook Lookalike Audience vorgeschlagen werden.

Bislang ist die sog „Einwilligungslösung“ *best practice* und bildet den datenschutzrechtlichen Standard zur Facebook Lookali-

ke-Audience seit zumindest 2018 ab.<sup>17</sup> Demnach erfolgt die Übermittlung gehashter E-Mail-Adressen an ein soziales Netzwerk zur Auspielung zielgerichteter Werbung nicht im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung, wenn der Datenempfänger einen eigenen Entscheidungs- und Ermessensspielraum bei der Ermittlung des zu bewerbenden Kundenkreises hat. Es handelt sich um (zumindest) gemeinsame Verantwortung. Sofern keine ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen vorliegt, ist über die Rechtmäßigkeit der Weitergabe von E-Mail-Adressen zu Werbezwecken in unionsrechtskonformer Auslegung nicht durch umfassende Interessenabwägung zu entscheiden. Im Ergebnis ist Facebook Custom Audience nur mit wirksamer Einwilligung möglich.<sup>18</sup>

Legt man als Nutzer ein Profil auf Facebook an, musste man seit Inkrafttreten der DS-GVO die neuen Nutzungsbedingungen inklusive der „Daten-Richtlinie“, der „Cookie-Richtlinie“ und der „Rechtsgrundlage-Information“ akzeptieren. Darin enthalten ist zB eine Zustimmungserklärung des Nutzers für die Verwendung seiner Daten zur Bereitstellung von personalisierter Werbung. Den Vertragsbedingungen nach kann Facebook hierfür auch sensible Daten, wie die politische Meinung oder die sexuelle Orientierung, sowie auch Daten, die Facebook von Dritten mittels zB Cookies, Social Plugins oder Pixel erhält, heranziehen. Facebook rechtfertigt diese Datenverarbeitung damit, dass sie zur Erfüllung ihrer Vertragsverpflichtungen erforderlich sei.

#### 4.3. Ausblick

Bemerkenswert, über den Anlassfall hinausreichend, erscheint die Begründung des OGH für die Vorlage: Facebook beruft sich nicht auf eine Einwilligung, sondern darauf, dass die Datenverarbeitung ein wesentlicher Bestandteil des Vertragszwecks der „Personalisierung“ und für die Erfüllung des Vertrags nach Art 6 Abs 1 Satz 1 lit b DS-GVO erforderlich sei. Nach den insoweit für den 6. Senat bindenden Sachverhaltsfeststellungen des erstinstanzlichen Gerichts hatte der Kläger diesen Vertrag in Kenntnis dieses Inhalts geschlossen.

Auf der Grundlage des Wirtschaftsmodells der Beklagten, mit personalisierter Online-Werbung ein Geschäft zu machen, ging das Berufungsgericht davon aus, dass die Bereitstellung personenbezogener Nutzerdaten eine tragende Säule des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags war. Facebook schulde das personalisierte Werbeerlebnis. Es sah die Verarbeitung als rechtmäßig iSv Art 6 Abs 1 lit b DS-GVO an.

Daran hat das vorlegende Gericht erhebliche Zweifel. Im Kern geht es um die Frage, ob die Einwilligungserklärung zur Verarbeitung durch Facebook unter die Rechtsgrundlage des Art 6 Abs 1 lit b DS-GVO fallen kann, um den deutlich höheren Schutz,

**13** ISv Art 4 Z 25 DS-GVO; dazu *Jahnel*, DSGVO Kommentar (2021) Art 4 Z 25 Rz 1 ff.

**14** Sog „Nutzerdaten“ zur Erstellung einer Beschreibung von sich selbst bzw eines selbst generierten persönlichen „Profils“ einschließlich selbst generierter Inhalte wie zB Bilder oder Tagebucheinträge, Musik- und Videoclips oder Links zu anderen Websites bzw Profilen.

**15** Grundsätzlich bereits EuGH 5. 6. 2018, C-210/16 (Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein), ECLI:EU:C:2018:388, *justIT* 2018/69, 193 (*Jahnel*) = ÖJZ 2018/87, 682 (*Lehofer*) = ZIIR 2018, 375 (*Thiele*).

**16** Vgl auch EuGH 29. 7. 2019, C-40/17 (Fashion ID), ECLI:EU:C:2019:629, *Dako* 2020/24, 41 (*Gabauer*) = *justIT* 2019/73, 208 (*Thiele*) = ÖBI 2019/76, 291 (*Horak/Spring*) = ZIIR 2019, 428 (*Stadler/Chocola*).

**17** Grundlegend zum VGH Bayern 26. 9. 2018, 5 CS 18.1157 (Facebook Custom Audience), *JurPC Web-Dok* 160/2018 = K&R 2018, 810.

**18** Vgl auch EuGH 1. 10. 2019, C-673/17 (Planet49), ECLI:EU:C:2019:801, *MR-Int* 2019, 124 (*Treitl*) = *VbR* 2019/146, 227 (*Feiler/Tercero*) = ZIIR 2019, 440 (*Thiele*) = ZTR 2019, 230 (*Aichinger*); dazu *Dürager*, *Der EuGH zur Zulässigkeit des Setzens von Cookies – eine endlose Geschichte ...*, *justIT* 2019/89, 241.

den die Rechtsgrundlage „Einwilligung“ dem Kläger bietet, zu unterlaufen.

Um diese Zweifel zu begründen, verweist das Gericht zunächst auf die WP29-Leitlinien, wonach die bloße Erwähnung von Verarbeitungstätigkeiten „im Kleingedruckten“ nicht ausreicht.<sup>19</sup> In der Literatur wird auch darauf hingewiesen, dass Anbieter wie Facebook Daten über ihre Nutzer\*innen typischerweise zu Werbezwecken verwenden, was für die Vertragserfüllung im engeren Sinne nicht erforderlich ist. Das Gericht stellt dann fest, dass der objektive Zweck des Vertrags für Art 6 Abs 1 lit b DS-GVO erforderlich ist. Künstliche oder einseitig auferlegte Dienste können nicht darunter subsumiert werden.

Das Gericht stellt weiter fest, dass für bestimmte Nutzerdaten Art 9 Abs 1 DS-GVO als Rechtsgrundlage einschlägig ist. Demnach kommt eine Ausnahme vom allgemeinen Verarbeitungsverbot nur unter den (strengeren) Voraussetzungen von Art 9 Abs 2 leg cit in Betracht. Eine breite Interessenabwägung wie in Art 6 Abs 1 lit f DS-GVO besteht ebenso wenig wie eine Rechtfertigung nach Art 9 Abs 2 lit e DS-GVO wegen der öffentlichen Bekanntgabe der NOYB-Aktivitäten des Klägers gegenüber der Vertretung der Europäischen Kommission. Diese Erklärung hat der Kläger gerade in der Absicht abgegeben, die von Facebook bereits vorgenommene Datenverarbeitung infrage zu stellen und öffentlich zu kritisieren, nicht um damit deren Verwendung für personalisierte Werbung durch Facebook zu legitimieren.

Der EuGH führt das Verfahren zur Rs C-446/21.<sup>20</sup> Mit der Vorlageentscheidung des OGH kommt eine *Schrems III*-Entscheidung zumindest näher. Diesmal steht indes nicht der US-Datentransfer wie in *Schrems I*<sup>21</sup> und *Schrems II*<sup>22</sup> im Vordergrund, sondern die

Reichweite verschiedener Erlaubnisgrundlagen der DS-GVO auf dem unionsrechtlichen Prüfstand. Es bleibt sehr spannend!

## 5. Zusammenfassung

Zusammenfassend hat der OGH dem Europäischen Gerichtshof die Frage zur Auslegung vorgelegt, ob Facebook eine Einwilligung zur Verwendung von Kundendaten für personalisierte Werbung benötigt. Seit Inkrafttreten der DS-GVO stützt sich Facebook hierfür auf die mit Nutzer\*innen abgeschlossenen Verträge und argumentiert, Werbung stelle einen erforderlichen Teil ihrer Dienstleistung dar. Diese Rechtsansicht muss nunmehr einer unionsrechtlichen Kontrolle standhalten.



### Der Autor:

RA Hon.-Prof. Dr. **Clemens Thiele**, LL.M. Tax (GGU) studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Anwaltliche Tätigkeit in Deutschland, den USA und Österreich; Gründung der RA-Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg; Fachbuch-Autor; Mitherausgeber und ständiger Redakteur von juristischen Fachzeitschriften zum geistigen Eigentum und Datenschutzrecht; gerichtlich beideter Sachverständiger für Urheberrechtsfragen aller Art, insb Neue Medien und Webdesign. Die Universität Salzburg hat ihm 2014 auf Antrag des Fachbereichs Privatrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät den Titel Honorarprofessor verliehen.

### Publikationen:

Standardkommentar zum RATG3 (2011); Mitherausgeber und Autor des Österreichischen und Europäischen Design- und Musterschutzrechts in zwei Bänden (2018 und 2020); Verfasser des Datenschutzstrafrechts in *Pachinger* (Hrsg), Datenschutz. Recht und Praxis (2019); Mitautor des ZPO Taschenkommentars (2019); Mitherausgeber und Autor des führenden Praxiskommentars zum Österreichischen Datenschutzgesetz (2020); zahlreiche Beiträge in Fachzeitschriften zu Themen des IT-Rechts.

✉ [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at)  
<http://www.eurolawyer.at>

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens)

Foto: D. Wild

**19** Vgl Art 29-Gruppe StN 06/2014, WP217, 17, abrufbar unter <[https://www.datenschutzstelle.li/download\\_file/view/385](https://www.datenschutzstelle.li/download_file/view/385)> (8. 11. 2021).

**20** ABl C 422/2021, 5.

**21** EuGH 6. 10. 2015, C-362/14 (*Schrems I*) = RdW 2015/591, 691 (*Retter/Marko*) = Dako 2015/60, 115 (*Schrems*) = jusIT 2015/95, 234 (*Jahnel*) = jusIT 2015/97, 244 = ÖJZ 2015/144, 1125 (*Berger/Maderbacher*) = *ecolex* 2015, 1117 (*Leissler/Wolfbauer*) = ARD 6473/5/2015 (*Vogt-Majarek/Spring*) = AnwBl 2015, 586 (*Steinbrecher*) = MR-Int 2015, 79 (*Orantek*) = JB Datenschutzrecht 2015, 9 (*Kunnert*) = *ecolex* 2016, 115 (*Pachinger*) = wbl 2016/4, 27 = SWK 2015, 1470 (*Gruber*) = RdW 2016/347, 460 (*Gruber*) = JAP 2016/2017/4, 31 (*Radlgruber*) = *juridikum* 2015, 412 (*Kettemann*) = JB Öffentliches Recht 2016, 209 (*Kunnert*).

**22** EuGH 16. 7. 2020, C-311/18 (*Schrems II*), jusIT 2020/73, 207 = jusIT 2020/70, 196 (*Thiele*) = ÖJZ 2020/104, 896 (*Lehofer*) = ZIIR 2020, 297 (*Denk*) = VbR 2020/118, 190 (*Höller*) = VbR 2020/128, 208 (*Schmitt*).

## ■ Weiterbildung für Einsteiger, Fortgeschrittene und Profis

Als LexisNexis-Zeitschriften-Kunde profitieren Sie jetzt von 20% Rabatt auf ausgewählte ARS-Veranstaltungen aus gefragten Fachbereichen.

Einfach bei der Buchung Ihres Seminars unter: [www.ars.at/lexisnexis](http://www.ars.at/lexisnexis) den Code **LXNX20\*** angeben.

