

weisung auf die materiellen Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaats enthält und daher im vorliegenden Fall das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem der Dienstleister seinen Sitz hat, also irisches Sachrecht. Dies wurde im bisherigen Verfahren von den Vorinstanzen verkannt.

Im datenschutzrechtlichen Teil des Beschlusses wird zunächst Google als Verantwortlicher iSv Art 4 Z 7 DSGVO für die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit dem Dienst „My Business“, in dem Unternehmensprofile erstellt und eingesehen werden können, beurteilt, weil das Unternehmen den Zweck und die Mittel der Verarbeitung, etwa die Bewertungsmöglichkeiten, festlegt. Weiters bekräftigt der OGH seine Rsp, wonach sich Bewertungsplattformen im Internet grds auf den Rechtfertigungstatbestand des berechtigten Interesses nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO stützen können.

Die zentrale datenschutzrechtliche Problematik des vorliegenden Verfahrens liegt aber in der Frage, was unter „Übermittlung an ein Drittland“ iSv Art 44 DSGVO zu verstehen ist und ob eine solche im konkreten Fall überhaupt vorlag. Dabei setzt sich der OGH unter intensiver Heranziehung der Fachliteratur zunächst mit der Frage auseinander, wann von einer Übermittlung iSv Art 44 ff gesprochen werden kann und wann von einer bloßen Offenlegung, ohne zu einem klaren Ergebnis zu kommen. Ebenso ist nicht ausreichend geklärt, ob die Aufhebung des (früheren) Angemessenheitsbeschlusses mit dem *Schrems II*-Urteil (EuGH 16. 7. 2020, C-311/18 [Facebook Ireland und Schrems] zum sog „EU-US Privacy Shield“) auf bereits zuvor erfolgte Datenübermittlungen zurückwirkt und somit auch das (Weiter-)Anzeigen (oder die Speicherung) von Bewertungen, die bereits zuvor „übermittelt“ wurden, als unzulässige Übermittlung nach Art 44 DSGVO anzusehen ist. Schließlich ist auch noch zu hinterfragen, ob – soweit von einer unzulässigen Übermittlung in ein Drittland nach Art 44 DSGVO auszugehen wäre – aus einem solchen Verstoß das Recht des Betroffenen auf Löschung seiner Daten bzw der Bewertungen nach Art 17 DSGVO resultiert, zumal es dazu einer Verletzung eines dem Betroffenen eingeräumten subjektiven, individuellen Rechts bedarf.

Letztlich kommt der OGH nach sehr umfangreichen Überlegungen und der Anführung zahlreicher – durchaus divergierender – Literaturmeinungen zum Ergebnis, dass Grundlage für die datenschutzrechtliche Beurteilung der Klagebegehren die Frage des Vorliegens einer „Übermittlung“ von Daten der Klägerin an ein Drittland ist. Dazu fehlte aber eine durch die Vorinstanzen festgestellte Tatsachengrundlage. Der OGH stellt auch ein mögliches Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH in den Raum, und zwar zur Frage, was überhaupt unter Übermittlung iSd DSGVO zu verstehen ist. Vor einer allfälligen (zukünftigen) Befassung des EuGH ist aber zu klären, ob und in welcher technischen Form eine „Übermittlung“ an Google-Server in den USA in welcher Weise auch immer – konkret – durch die Klägerin behauptet und bewiesen wird. Zudem wird zu erörtern sein, ob die Klägerin tatsächlich den Standpunkt einnimmt, auch spätere Abrufe seien eine Übermittlung, bzw warum sie für die vor Aufhebung des Angemessenheitsbeschlusses bereits ersichtlichen 33 Bewertungen von einer unzulässigen Datenübermittlung ausgeht.

Für die nach Klageeinbringung abgegebenen Bewertungen fehlen Feststellungen zum Zeitpunkt von deren Aufnahme in den Dienst „Google My Business“ der Beklagten.

Im Ergebnis hob der OGH die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Angelegenheit zur weiteren Verhandlung und Klärung an die Vorinstanzen zurück.

Fazit: Die sehr umfangreichen und nicht immer leicht zu verstehenden Überlegungen des OGH zeigen, was eine unklare bzw fehlende Begriffsbestimmung „anrichtet“, in diesem Fall zum zentralen Begriff der „Übermittlung“ in der DSGVO. Siehe dazu die Auflistung der in der DSGVO verwendeten Varianten der Begriffe „Übermittlung“ und „Offenlegung“ bei *Jahnel*, Kommentar zur DSGVO Art 44 Rz 5. Erfreulich ist die Tatsache, dass sich die OGH-Richter:innen in diesem Beschluss äußerst intensiv mit der datenschutzrechtlichen Fachliteratur auseinandergesetzt haben, ohne allerdings damit die im vorliegenden Verfahren zu lösenden Rechtsfragen abschließend beurteilen zu können (was ihnen nicht vorzuwerfen ist). Das Erstgericht hat nun die Aufgabe, die genauen technischen Vorgänge festzustellen, die bei Bewertungen in einem von Google im Internet betriebenen Unternehmensportal im Hintergrund ablaufen. Ein Vorabentscheidungsersuchen des OGH an den EuGH zur Auslegung des Begriffes der „Übermittlung“ in der DSGVO ist zu erwarten.

Bearbeiter: Dietmar Jahnel

OGH: Unterbrechung wegen des vom BGH gestellten, beim EuGH zu C-655/23 anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens betreffend (ua) Art 17 DSGVO

» jusIT 2024/184

§ VO (EU) 2016/679: Art 17, 18, 79, 84
GewO 1994: § 152
GOG: § 90a
ZPO: § 190

OGH 20. 9. 2024, 6 Ob 112/24z (Identitäts- und Bonitätsdatenbank)

Der OGH hat von einer allgemeinen Wirkung der Vorabentscheidung des EuGH auszugehen und diese auch für andere als den unmittelbaren Anlassfall anzuwenden. Es ist daher zweckmäßig und geboten, mit der Entscheidung über die gegen die Beklagte geltend gemachten Unterlassungsansprüche wegen Verletzung des Löschantrags nach Art 17 DSGVO bis zur Entscheidung des EuGH über das bereits gestellte Vorabentscheidungsersuchen (hier: des BGH zur Frage des Bestehens eines unionsrechtlichen Unterlassungsanspruchs der betroffenen Person, deren personenbezogene Daten von dem Verantwortlichen unrechtmäßig



durch Weiterleitung offengelegt wurden) zuzuwarten und das anhängige Revisionsverfahren zu unterbrechen.

Anmerkung des Bearbeiters:

In mehreren Datenschutzverfahren (ähnlich OGH 27. 8. 2024, 6 Ob 37/24w; OGH 20. 9. 2024, 6 Ob 159/23k; OGH 20. 9. 2024, 6 Ob 217/23i und OGH 20. 9. 2024, 6 Ob 219/23h) hatte das Höchstgericht zu entscheiden, ob der beklagten Auskunftsei zu untersagen sei, Dritten weiteren Zugriff auf die von ihr betriebene „Identitäts- und Bonitätsdatenbank“ hinsichtlich der personenbezogenen Daten des Klägers zu gewähren, solange diese Daten – aus im Einzelnen angeführten Gründen – unrechtmäßig verarbeitet werden. Der OGH erachtete dazu das beim EuGH zur Rs C-655/23 (Quirin Privatbank) anhängige Vorlageverfahren als präjudiziell und unterbrach die eigenen Causen.

Im zugrunde liegenden Vorabentscheidungsersuchen des BGH (Beschluss vom 26. 9. 2023, VI ZR 97/22, GRUR 2023, 1724) nahm der dortig klagende Bewerber die beklagte Privatbank wegen der Weitergabe persönlicher Daten auf Unterlassung und Ersatz immateriellen Schadens in Anspruch. Er befand sich bei der beklagten Privatbank in einem Bewerbungsprozess, der über ein Online-Portal stattfand. Im Zuge dessen versandte eine Mitarbeiterin der Beklagten über den Messenger-Dienst des Portals eine nur für den Kläger bestimmte Nachricht auch an eine dritte, nicht am Bewerbungsprozess beteiligte Person, die mit dem Kläger vor einiger Zeit in derselben Holding gearbeitet hatte und ihn deshalb kannte. Die Nachricht enthielt ua, dass die Beklagte die Gehaltsvorstellungen des Klägers nicht erfüllen könnte. Der Kläger machte geltend, sein – immaterieller – Schaden läge nicht so sehr im abstrakten Kontrollverlust über die offenbaren Daten, sondern darin, dass nunmehr mindestens eine weitere Person, die den Kläger und potenzielle wie ehemalige Arbeitgeber kannte, über Umstände Kenntnis hat, die der Diskretion unterlägen. Es wäre zu befürchten, dass der in der gleichen Branche tätige Dritte die in der Nachricht enthaltenen Daten weitergegeben hätte oder sich durch ihre Kenntnis als Konkurrent im Bewerbungsprozess einen Vorteil habe verschaffen können. Zudem empfand der Bewerber das „Unterliegen“ in den Gehaltsverhandlungen als Schmähung, die er nicht an Dritte – vor allem nicht an potenzielle Konkurrenten – weiterverbreiten wollte. Das LG Darmstadt gab der Unterlassung statt und sprach an ideellem Schadenersatz € 1.000 zu. Die Berufungsinstanz wies hingegen den Schadenersatz gänzlich ab (OLG Frankfurt a.M. 2. 3. 2022, 13 U 206/20, JurPC Web-Dok 46/2022). Dagegen richtete der Kläger seine zugelassene Revision. Der BGH setzte daraufhin sein Verfahren aus und legte dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. a) Ist Art 17 DSGVO dahin gehend auszulegen, dass der betroffenen Person, deren personenbezogene Daten von dem Verantwortlichen unrechtmäßig durch Weiterleitung offengelegt wurden, ein Anspruch gegen den Verantwortlichen auf Unterlassung einer erneuten unrechtmäßigen Weiterleitung dieser Daten zusteht, wenn sie vom Verantwortlichen keine Löschung der Daten verlangt?

b) Kann sich ein solcher Unterlassungsanspruch (auch) aus Art 18 DSGVO oder einer sonstigen Bestimmung der DSGVO ergeben?

2. Falls die Fragen 1a) und/oder 1b) bejaht werden:

a) Besteht der unionsrechtliche Unterlassungsanspruch nur dann, wenn künftig weitere Beeinträchtigungen der sich aus der DSGVO ergebenden Rechte der betroffenen Person zu besorgen sind (Wiederholungsgefahr)?

b) Wird das Bestehen der Wiederholungsgefahr gegebenenfalls aufgrund des bereits vorliegenden Verstoßes gegen die DSGVO vermutet?

3. Falls die Fragen 1a) und 1b) verneint werden:

Sind Art 84 iVm Art 79 DSGVO dahin gehend auszulegen, dass sie es dem nationalen Richter erlauben, der betroffenen Person, deren personenbezogene Daten von dem Verantwortlichen unrechtmäßig durch Weiterleitung offengelegt wurden, neben dem Ersatz des materiellen oder immateriellen Schadens nach Art 82 DSGVO und den sich aus Art 17 und Art 18 DSGVO ergebenden Ansprüchen einen Anspruch gegen den Verantwortlichen auf Unterlassung einer erneuten unrechtmäßigen Weiterleitung dieser Daten nach den Bestimmungen des nationalen Rechts zuzusprechen?

4. Ist Art 82 Abs 1 DSGVO dahin gehend auszulegen, dass für die Annahme eines immateriellen Schadens im Sinne dieser Bestimmung bloße negative Gefühle wie zB Ärger, Unmut, Unzufriedenheit, Sorge und Angst, die an sich Teil des allgemeinen Lebensrisikos und oft des täglichen Erlebens sind, genügen? Oder ist für die Annahme eines Schadens ein über diese Gefühle hinausgehender Nachteil für die betroffene natürliche Person erforderlich?

5. Ist Art 82 Abs 1 DSGVO dahin gehend auszulegen, dass bei der Bemessung der Höhe des zu ersetzenden immateriellen Schadens der Grad des Verschuldens des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters bzw seiner Mitarbeiter ein relevantes Kriterium darstellt?

6. Falls die Fragen 1a), 1b) oder 3 bejaht werden:

Ist Art 82 Abs 1 DSGVO dahin gehend auszulegen, dass bei der Bemessung der Höhe des zu ersetzenden immateriellen Schadens als anspruchsmindernd berücksichtigt werden kann, dass der betroffenen Person neben dem Anspruch auf Schadensersatz ein Unterlassungsanspruch zusteht?

Bei näherer Betrachtung dürfte sich die vom OGH attestierte Präjudizialität primär auf die Lösung der unionsrechtlichen Frage der (materiellen) Reichweite eines Lösungsanspruches nach Art 17 DSGVO beziehen, zumal sich zivilrechtliche Unterlassungsansprüche unmittelbar auf das immer anwendbare, mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattete Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 Abs 1 iVm § 29 DSG stützen können (OGH 17. 1. 2018, 6 Ob 144/17w [Dr. Media Sprechstunde], jusIT 2018/30, 80 [zust Thiele]; vgl auch Thiele/Wagner, DSG² § 29 Rz 116 mwH). Gleichwohl hält der 6. Senat fest, dass ein unionsrechtliches Verbot des Zurückgreifens auf das nationale Recht auch dem Klagebegehren im vorliegenden Fall die Rechtsgrundlage entziehen würde.

Ausblick: Besonderes gespannt darf der aufmerksame Rechtsanwender darauf sein, ob die Unterlassung der erneuten un-

rechtmäßigen Offenlegung personenbezogener Daten des Betroffenen zu begehren, ohne die Löschung der Daten zu verlangen, unionsrechtlich zulässig erscheint.

Zusammenfassend hat der OGH entschieden, dass zur Frage, ob der grds aus dem Lösungsanspruch nach Art 17 DSGVO iVm § 1 Abs 3 Z 2 DSG abgeleitete Unterlassungsanspruch auch für sich genommen bestehen kann, ein bereits beim EuGH anhängiges Verfahren abgewartet werden muss.

Bearbeiter: Clemens Thiele

DSB: 2. Layer für Einwilligung unzulässig

» jusIT 2024/185

§ VO (EU) 2016/679: Art 3 Abs 2 lit b, Art 5 Abs 1 lit a, Art 6 Abs 1, Art 7 Abs 3, Art 17 Abs 1 lit d, Art 19, 58 Abs 2 lit d, Abs 6
RL 2002/58/EG: Art 5 Abs 1 und 3
DSG: §§ 1, 24 Abs 2 Z 5
TKG 2021: § 165 Abs 3

DSB 19. 9. 2023, 2023-0.632.875 (Cookie Layer)

1. Alle Formen des Trackings und der Profilerstellung im Internet unter Verwendung von Analysewerkzeugen, wie zB Cookies, die eine individuelle Rückverfolgung von Nutzern ermöglichen oder dem Zweck der individualisierten Werbung dienen (sog „gezielte Werbung“), fallen in den räumlichen Anwendungsbereich nach dem Sitz des betroffenen Nutzers (hier: Österreich), da dessen Verhalten insoweit iSv Art 3 Abs 2 lit b DSGVO „beobachtet“ wird.
2. Eine gültige Einwilligung für das Setzen oder Lesen von Cookies vom betroffenen Nutzer setzt bereits auf der ersten Ebene des Cookie-Banners die Möglichkeit voraus, die – vor Setzen der nicht notwendigen Cookies einzuholende – Einwilligung zu verweigern oder die Website ohne Einwilligung zu benutzen. Ein Banner, das erst auf der zweiten Ebene die Möglichkeit bietet, die Einwilligung zu verweigern, widerspricht daher Art 4 Abs 11 DSGVO iVm Art 5 Abs 1 ePrivacy-RL.
3. Die Verwendung von Analyse-Cookies auf Websites kann in keinem Fall als technisch unbedingt notwendig iSv § 165 Abs 3 TKG 2021 angesehen werden. Ihr Einsatz erfordert daher eine vorherige, vollinformierte und wirksame Einwilligung für die Verwendung solcher Analyse-Cookies und die damit verbundene Datenverarbeitung.

Anmerkung des Bearbeiters:

Der für die Verarbeitung Verantwortliche betrieb eine Website unter einer .com-Domain, die Nachrichten aus den Bereichen

Fitness und Sport anbot. Die Website verwies auch auf Webshops anderer Unternehmen, in denen die Kunden die vorgestellten Produkte kaufen konnten. Nach Betätigung der Schaltfläche „Shop“ auf der britischen Website hatten die Besucher der Website die Möglichkeit, eine Printausgabe der online verfügbaren Artikel nach Österreich zu bestellen. Die Website war nicht in deutscher Sprache verfügbar.

Der Betroffene und zugleich Beschwerdeführer hatte die Website beweisgesichert am 24. 9. 2021 besucht; dort wurde ein Cookie-Banner angezeigt. Der Betroffene machte geltend, dass es aufgrund der Gestaltung des Cookie-Banners zu mehreren Verstößen gekommen sei und keine gültige Einwilligung eingeholt worden wäre. Nach dem Besuch der Website wurden auf dem Gerät der betroffenen Person zB einzigartige Nutzeridentifikationsnummern („unique ID“) und zahlreiche Cookies mit eindeutigen, zufällig generierten Werten gesetzt und ausgelesen. Die betroffene Person, vertreten durch noyb, reichte eine Beschwerde bei der DSB ein und verlangte, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche alle einschlägigen Verarbeitungstätigkeiten einstellt und alle relevanten personenbezogenen Daten löscht. Die Beschwerde enthielt auch ein Feststellungsbegehren nach § 24 Abs 2 Z 5 iVm § 1 DSG. Der für die Verarbeitung Verantwortliche argumentierte demgegenüber, dass die DSGVO nicht anwendbar wäre, da er gem Art 3 Abs 2 lit a DSGVO nicht bewusst und absichtlich Waren und Dienstleistungen in der EU anbieten würde. Der Beschwerdegegner machte weiters geltend, dass er sich zweifellos ausschließlich an den US-Markt wendete. Daher gäbe es keinen Grund, umfangreiche Änderungen an der Gestaltung des Cookie-Banners vorzunehmen. Der Websiteverantwortliche wandte außerdem ein, dass er den Marktstandard und die einschlägigen Leitlinien der DSGVO ohnehin einhielte. Dennoch löschte der Beschwerdegegner bis spätestens 11. 5. 2023 alle personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers, informierte aber die Empfänger der Datenübermittlung nicht über die Löschung der personenbezogenen Daten.

Die DSB gab dem Begehren wegen unterlassener Mitteilungspflicht statt, wies das Lösungsbegehren und den Antrag auf Verhängung eines Verarbeitungsverbots aber ab; das Feststellungsbegehren wurde zurückgewiesen. Gleichzeitig erteilte die DSB an den Beschwerdegegner den Auftrag, innerhalb von vier Wochen bestimmte Übermittlungsempfänger von der Datenlöschung zu informieren; binnen einer Frist von acht Wochen wurde die Herstellung des rechtskonformen Zustands durch Implementierung rechtswirksamer Einwilligungsmöglichkeiten zur Cookie-Nutzung angeordnet.

Die DSB hat zutreffend den territorialen Anwendungsbereich für einen außerhalb der EU ansässigen Verantwortlichen bejaht. Der Einsatz von Cookies auf der Website stellt nämlich eine Verhaltensbeobachtung dar, für die weder Art 3 Abs 2 lit b DSGVO noch ErwGr 24 verlangen, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche ein bestimmtes Maß an „Zielgerichtetheit“ an den Tag legt, um festzustellen, ob die Beobachtungstätigkeit die Anwendung der DSGVO auf die Verarbeitungstätigkeit auslösen würde. Die Verwendung des Wortes „Beobachtung“ impliziert, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche mit der Erhebung und anschließenden