

Zeitschrift für

# VERBRAUCHER- RECHT

*Chefredakteurin* **Petra Leupold**  
*Redaktion* **Wilma Dehn, Alexander Klauser,**  
**Paul Oberhammer, Alexander Schopper**

Jänner 2021

01

1 – 36

Beiträge

## Modernisierung des Verbraucher- rechts (Teil I) *Georg Kodek und Petra Leupold* ↻ 4

**Zustimmungsfiktion reloaded: Der EuGH hat gesprochen!**

*Stephan Foglar-Deinhardstein* ↻ 9

**Zur (Un-)Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung  
in Allgemeinen Geschäftsbedingungen** *Alexander Höller* ↻ 14

Rechtsprechung

## Gewährleistung: Mangelerhebungskosten bei Smartphone

*Daphne Aichberger-Beig* ↻ 19

**Gewährleistung: Merkantiler Minderwert nach Reparatur** ↻ 19

**Rechtsfolgen missbräuchlicher Zinsgleitklausel** ↻ 18

**Lebensversicherung: Fondsverluste bei Spätrücktritt** ↻ 30

**Lebensversicherung: Verjährung der Vergütungszinsen  
bei Spätrücktritt** *Peter Konwitschka* ↻ 31

# Zur (Un-)Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Zugleich eine Besprechung von EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*

VbR 2021/5

Art 4 Z 11,  
Art 5 Abs 1 lit a,  
Art 6 Abs 1 lit a,  
Art 7 DSGVO  
(2016/679);  
§ 6 Abs 3 KSchG;  
Art 1 ff Klausel-RL  
93/13/EWG

EuGH  
11. 11. 2020,  
C-61/19, *Orange  
România*;  
1. 10. 2019,  
C-673/17,  
*Planet49*

DSGVO;  
Einwilligung;  
AGB;  
Vertrags-  
formblätter;  
Checkbox;  
Beweislast;  
personen-  
bezogene Daten

Der EuGH hat in seiner E 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, zu den Erfordernissen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern umfassend Stellung genommen. Zur Erfüllung der vom Gerichtshof aufgestellten Anforderungen bedarf die praktische Umsetzung nicht bloß einer maßgeschneiderten Gestaltung der Einwilligungserklärung im Einzelfall, sondern auch eines Systems, das die Einhaltung datenschutzrechtlich zulässiger Abläufe zum Vertragsabschluss sicherstellt.

Von Alexander Höller

## A. Einleitung und Ausgangsfall

Der EuGH hatte mit seiner E C-61/19, *Orange România*, vom 11. 11. 2020 ein weiteres Mal die Möglichkeit und Aufgabe, die Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung zu beurteilen, und man ist nach Lektüre der Entscheidung geneigt zu sagen: „Ja, eh!“ Einerseits hat der Gerichtshof vieles bereits zuvor in seiner E 1. 10. 2019, C-673/17, *Planet49*, zur Zulässigkeit von (für die Erbringung des Diensts nicht notwendigen) Cookies ausgesprochen und nunmehr bloß bestätigt und andererseits ergibt sich vieles überhaupt unmittelbar aus dem Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung<sup>1)</sup> (DSGVO) und deren Erwägungsgründen. Erfreulicherweise hat der Gerichtshof die neuerliche Gelegenheit dennoch extensiv genutzt, zu einer Vielzahl von Anforderungen an eine gültige datenschutzrechtliche Einwilligung Stellung genommen und wesentliche Elemente zusammengefasst dargestellt.

In der Sache selbst stand die Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in Vertragsformblättern eines rumänischen Telekommunikationsanbieters in Frage, in denen der Kunde durch eine eigenhändige Unterschrift unter dem gesamten Vertragsdokument – neben anderen schuldrechtlichen Verpflichtungszusagen – vermeintlich in die Verarbeitung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten eingewilligt hat und bestätigte, dass er über die Datenverarbeitung informiert wurde. Die Einwilligungserklärung war dabei

mit einer Checkbox (in der Terminologie des EuGH „Kästchen“<sup>2)</sup> oder „Ankreuzkästchen“<sup>3)</sup>) versehen, die nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts (zumindest in manchen Fällen) bereits durch den Verantwortlichen vorangekreuzt wurde. Durch den Kunden selbst musste in Hinblick auf die Einwilligungserklärung sohin kein aktives Handeln (Ankreuzen der Checkbox) gesetzt werden; lediglich seine Unterschrift unter das gesamte Vertragsdokument war erforderlich. Für den Fall, dass der Kunde die datenschutzrechtliche Einwilligung verweigern wollte, war hierfür ein gesondertes Formular auszufüllen, in dem die Weigerung protokolliert wurde.

## B. Anforderungen an eine wirksame Einwilligung

### 1. Rechtsrahmen

Art 6 DSGVO normiert – wie bereits Art 7 Datenschutz-Richtlinie (DS-RL)<sup>4)</sup> – ein **Verbot der Verarbei-**

1) Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

2) Vgl. EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*.

3) Vgl. EuGH 1. 10. 2019, C-673/17, *Planet49*, VbR 2019/146 (*Feiler/Tercero*); 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*.

4) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

tung personenbezogener Daten mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>5)</sup> Jede Verarbeitung personenbezogener Daten bedarf daher eines in Art 6 Abs 1 DSGVO taxativ genannten Zulässigkeitsgrundes.<sup>6)</sup> Gem Art 6 Abs 1 lit a DSGVO stellt die Einwilligung der betroffenen Person für einen oder mehrere bestimmte Verarbeitungszwecke eine solche Rechtfertigung dar. Art 4 Z 11 DSGVO definiert die **Einwilligung** als „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“. Art 7 DSGVO konkretisiert die **Anforderungen** an eine wirksame Einwilligung in **materieller** und **formeller Hinsicht**.

Der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) leitet aus all dem folgende zentrale **Voraussetzungen** für eine wirksame Einwilligung in die Datenverarbeitung ab<sup>7)</sup>:

- Freiwilligkeit der Einwilligung
- Beschränkung auf bestimmte Zwecke
- Informiertheit der betroffenen Person
- Unmissverständlichkeit der abgegebenen Willensbekundung

Überdies setzt eine wirksame Einwilligung ihre jederzeitige Widerruflichkeit voraus. Die **Beweislast** zum Nachweis der Einwilligung trifft den Verantwortlichen.

Die Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung durch den Verantwortlichen im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern hat daher nicht bloß den allgemeinen **zivil- und verbraucherrechtlichen Transparenz-anforderungen** (dazu unten Punkt B.6) zu genügen, sondern auch den soeben genannten **datenschutzrechtlichen Vorgaben** zu entsprechen. Bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist neben der Formulierung und Ausgestaltung der Vertragsdokumentation auch die faktische Abwicklung des Vertragsabschlusses maßgeblich; dies zeigt sich besonders deutlich bei (inhaltlich falschen) Bestätigungen über die Informationserteilung. Die datenschutzrechtlichen Vorgaben gelten für die Einwilligung von Verbrauchern und Unternehmern gleichermaßen.

Wie die E 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, zeigt, scheitert die Einwilligung in die Datenverarbeitung im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern zumeist an den Elementen der Freiwilligkeit und Informiertheit sowie an der Unmissverständlichkeit der abgegebenen Willensbekundung und der daran anknüpfenden Nachweispflicht des Verantwortlichen. Wenngleich die übrigen Voraussetzungen – wie für jede andere datenschutzrechtliche Einwilligung – freilich auch für solche im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern Gültigkeit haben, beschränkt sich dieser Beitrag auf die Besonderheiten, die sich durch die Verwendung solcher Vertragsdokumente ergeben.

## 2. Freiwilligkeit der Einwilligung

Wenngleich Art 4 Z 11 DSGVO die Freiwilligkeit der Einwilligung ausdrücklich fordert, enthält die DSGVO keine Legaldefinition der Freiwilligkeit.<sup>8)</sup> Aus Art 7 Abs 4 sowie ErwGr 42 und 43 lässt sich jedoch ableiten, dass Freiwilligkeit das **Bestehen einer echten Wahlmöglichkeit** voraussetzt.<sup>9)</sup>

Neben den allgemeinen Voraussetzungen zur Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung – wie dem Fehlen jeglichen faktischen Zwangs, insbesondere durch das Vorliegen gravierender Machtasymmetrien<sup>10)</sup> – ist in Zusammenhang mit datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärungen im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern das in Art 7 Abs 4 DSGVO normierte **Koppelungsverbot** von zentraler Bedeutung. Demnach mangelt es der Einwilligung an Freiwilligkeit, wenn die Erfüllung (oder der Abschluss) eines Vertrags an die Erteilung der Einwilligung geknüpft wird; anderes gilt bloß, wenn die Verarbeitung der personenbezogenen Daten für die Erfüllung des Vertrags erforderlich ist.<sup>11)</sup> Der EuGH hebt nunmehr hervor, dass eine echte Wahlfreiheit voraussetzt, dass der Kunde über die vermeintliche Notwendigkeit seiner Einwilligung durch mangelhafte Informationen nicht in die Irre geführt wird.<sup>12)</sup> Eine im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern vorgedruckte Einwilligungserklärung, die vom Kunden erst (freiwillig) angekreuzt werden muss (vgl dazu unten Punkt B.4), bedarf daher eines **Hinweises auf die Freiwilligkeit**.<sup>13)</sup>

Überdies ist die Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung nicht anzunehmen, wenn die Verweigerung der Einwilligung durch den Kunden ein Abgehen vom üblichen Verfahren zum Abschluss des Vertrags erfordert, bei dem der Kunde die **Verweigerung** schriftlich dokumentieren muss; ein solcher **zusätzlicher Aufwand** ist geeignet, die freie Entscheidung des Kunden ungebührlich zu beeinflussen.<sup>14)</sup> Eine solch ungebührliche Erschwernis ist mE jedoch nicht anzunehmen, wenn dem Kunden zwei gleichwertige, leicht wahrzunehmende Alternativen – insbesondere zwei Checkboxes, mit denen er zwischen der Erteilung und der Verweigerung der Einwilligung wählen kann – geboten werden. Sofern der Kunde keine Auswahl trifft, gilt die Einwilligung freilich als nicht erteilt; eine Pflicht des Kunden zur aktiven Dokumentation der Verweigerung besteht nicht.<sup>15)</sup> →

5) Heberlein in *Ehmann/Selmayer*, Datenschutz-Grundverordnung<sup>2</sup> (2018) Art 6 Rz 1.

6) Vgl zur DS-RL EuGH 19. 10. 2016, C-582/14, *Breyer*, Rn 57 mwN; zur DSGVO bereits EuGH 1. 10. 2019, C-673/17, *Planet49*, Rn 53, VbR 2019/146 (*Feiler/Tercero*).

7) Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 V1.1 Rz 11 ff.

8) Vgl auch *Heckmann/Paschke* in *Ehmann/Selmayer*, DSGVO<sup>2</sup> Art 7 Rz 49.

9) Vgl insb ErwGr 42 DSGVO.

10) *Ingold* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> (2018) Art 7 Rz 27 uva.

11) Praktisch häufiges Beispiel für die Zulässigkeit einer Koppelung ist die Erforderlichkeit der Verarbeitung von Gesundheitsdaten zur Vertragserfüllung (zB im Rahmen von Fitness-Apps).

12) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 41.

13) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 49.

14) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 50.

15) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 51.

### 3. Informiertheit der betroffenen Person

Ausweislich der Legaldefinition des Art 4 Z 11 DSGVO liegt eine (wirksame) Einwilligung bloß dann vor, wenn diese „in informierter Weise“ erteilt wurde. ErwGr 42 DSGVO konkretisiert dies dahingehend, dass vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärungen „in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ zur Verfügung zu stellen sind. Die Informationsbereitstellung soll die betroffene Person in die Lage versetzen, die Konsequenzen einer etwaigen Einwilligung leicht zu bestimmen.<sup>16)</sup>

Wenngleich der verpflichtende Inhalt einer solchen Information im Normtext bloß rudimentär konturiert wird und ErwGr 42 bloß festhält, dass „mindestens“ über die Identität des Verantwortlichen sowie die Verarbeitungszwecke aufzuklären ist, folgt der EuGH dem Schrifttum<sup>17)</sup> und setzt für die Wirksamkeit der Einwilligung voraus, dass zumindest über

- die Art der verarbeiteten Daten,
- die Identität des Verantwortlichen,
- die Verarbeitungsdauer,
- die Modalitäten der Verarbeitung sowie
- die Verarbeitungszwecke

in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu informieren ist.<sup>18)</sup> Gem Art 7 Abs 4 DSGVO ist jedenfalls auch über die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit zu informieren.

Die bereits oben unter Punkt B.2 ausgeführte Notwendigkeit eines Hinweises auf die Freiwilligkeit der Einwilligung ist nach Ansicht des EuGH nicht bloß Ausfluss der Elements der Freiwilligkeit; ein Fehlen eines solchen Hinweises steht auch der geforderten Informiertheit entgegen.<sup>19)</sup>

### 4. Unmissverständlichkeit der abgegebenen Willensbekundung

Ein zentraler Punkt der Entscheidung des EuGH betrifft die Unmissverständlichkeit der abgegebenen Willensbekundung. Der Gerichtshof hat seine rezente Rsp – betreffend die Einwilligung in das Setzen von Cookies –<sup>20)</sup> bestätigt und festgehalten, dass eine **vorangekreuzte Checkbox** keine „*eindeutige bestätigende Handlung*“ iSd Art 4 Z 11 DSGVO und somit **keine wirksame Einwilligung** darstellt. Dies ergibt sich auch bereits aus ErwGr 32 DSGVO, wonach Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen und die Untätigkeit der betroffenen Person keine wirksame Einwilligung begründen können. In einem solchen Fall ist es objektiv schlicht nicht möglich, zu beurteilen, ob die betroffene Person die (vorausgewählte) Einwilligung tatsächlich erteilen wollte oder das bereits angekreuzte Häkchen nicht entfernt wurde, weil die betroffene Person die entsprechende Information nicht gelesen oder gar nicht wahrgenommen hat.<sup>21)</sup>

Aus dem Erfordernis, dass die Einwilligung „für den bestimmten Fall“<sup>22)</sup> (Art 4 Z 11 DSGVO) erteilt werden muss, leitet der Gerichtshof überdies ab, dass aus einer **Willensbekundung mit einem anderen Gegenstand** – also insbesondere den zivilrechtlichen Vertrag im Allgemeinen betreffend – keine Zustimmung zur Daten-

verarbeitung abgeleitet werden kann.<sup>23)</sup> Im Licht dieser strengen Judikatur ist die Rsp des OGH – wonach ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot zwar auch zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt,<sup>24)</sup> außerhalb von unzulässigen Koppelungssituationen jedoch von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung durch Akzeptieren der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen ist<sup>25)</sup> – nicht aufrechtzuerhalten.<sup>26)</sup> Es kommt mE jedoch nicht darauf an, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung – durch gesonderte Erklärung – im gleichen Vertragsdokument abgegeben wird; lediglich die Verquickung des Akts der Einwilligung in die Datenverarbeitung mit der Zustimmung zu den (zivilrechtlichen) Vertragsbestimmungen ist unzulässig. Durch **gesonderte Willenserklärung** – also zB eine gesonderte Unterschrift oder das Ankreuzen einer Checkbox – kann die datenschutzrechtliche Einwilligung auch im Rahmen eines einheitlichen Vertragsdokuments erteilt werden.

### 5. Nachweispflicht des Verantwortlichen

Art 5 Abs 2 DSGVO normiert den Grundsatz der Rechenschaftspflicht; diese bewirkt in Hinblick auf die Einhaltung der DSGVO eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Verantwortlichen.<sup>27)</sup> Der Verantwortliche hat demnach unter anderem das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung durch die betroffene Person nachzuweisen<sup>28)</sup>, sofern die Verarbeitung auf den Zulässigkeitsgrund der Einwilligung gem Art 6 Abs 1 lit a DSGVO gestützt wird.

In Hinblick auf datenschutzrechtliche Einwilligungserklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und sonstigen Vertragsformblättern hebt der EuGH dazu hervor, dass eine durch den Verantwortlichen – wenngleich auch infolge einer vermeintlich entsprechenden mündlichen Erklärung durch den Kunden als betroffene Person (vgl die Angaben von *Orange România*: Rz 43) – **vorangekreuzte Checkbox**

16) EuGH 1. 10. 2019, C-673/17, *Planet49*, Rn 74; 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 40.

17) Vgl *Ingold in Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> Art 7 Rz 35.

18) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 40.

19) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 41.

20) EuGH 1. 10. 2019, C-673/17, *Planet49*, Rn 55 und 57, VbR 2019/146 (*Feiler/Tercero*); vgl dazu *Schmitt*, Cookies: Rechtskonforme Verwendung von Webanalyse-, Advertising- oder Trackingdiensten, VbR 2020/128; *Aichinger*, Der lange Weg zur aktiv erteilten Einwilligung bei Cookies im Lichte der informationellen Selbstbestimmung, ZTR 2020, 41, uva.

21) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 37.

22) Bei dem wörtlichen Zitat des Gerichtshofs in Rn 38 („für den konkreten Fall“) handelt es sich offensichtlich um einen Übersetzungsfehler.

23) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 38, mit Verweis auf 1. 10. 2019, C-673/17, *Planet49*, Rn 58.

24) RIS-Justiz RS0132251.

25) OGH 31. 8. 2018, 6 Ob 140/18h VbR 2018/127 = jusIT 2018/86 (*Thiele*) = Dako 2019/15 (*Haidinger/Weiss*) = ÖJZ EvBl-LS 2019/3 (*Rohrer*); *Kastelitz in Knyrim*, DatKomm Art 7 DSGVO Rz 23 mwN.

26) Ebenso kritisch bereits *Kastelitz in Knyrim*, DatKomm Art 7 DSGVO Rz 23 f.

27) *Heberlein in Ehmann/Selmayer*, DSGVO<sup>2</sup> Art 5 Rz 32 mwN; *Hötzendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim*, DatKomm Art 5 DSGVO Rz 58 mit mwN zur Frage, ob dies bloß im öffentlich-rechtlichen Verfahren vor der Aufsichtsbehörde oder auch in einem allfälligen Zivilverfahren gilt.

28) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 42 unter Verweis auf die SA des GA Rn 56; vgl auch ErwGr 42 DSGVO.

für sich nicht geeignet ist, eine positive Einwilligungserklärung durch den Kunden nachzuweisen, sofern es keine **weiteren Anhaltspunkte** dafür gibt, dass die Klausel tatsächlich gelesen und verstanden wurde.<sup>29)</sup> Dies ist einerseits konsequente Folge des Erfordernisses der Unmissverständlichkeit der Willensbekundung; wurde die Einwilligung nicht ausdrücklich und somit nicht wirksam erteilt, kann auch kein Nachweis einer wirksamen Einwilligung erbracht werden. Andererseits ist es auch konsequente Folge der umfassenden Rechenschaftspflicht: Die Willensbekundung hat nicht bloß unmissverständlich zu sein – was auch im Rahmen einer mündlichen Erklärung grundsätzlich möglich wäre –, sondern die Unmissverständlichkeit muss auch durch den Verantwortlichen nachgewiesen werden können. Dies ist – den oben unter Punkt B.4 beschriebenen Grundsätzen folgend – bei einer vorgekreuzten Checkbox nicht der Fall.

Im Ergebnis ist damit nahezu jede Form der „Selbstdokumentation“ durch den Verantwortlichen mit erheblichem Risiko für den Verantwortlichen behaftet. Sofern eine nicht schriftliche abgegebene Einwilligungserklärung der betroffenen Person durch eigene Aufzeichnungen des Verantwortlichen dokumentiert werden soll, wird dieser im Fall einer behördlichen Überprüfung nachweisen müssen, dass er ein System geschaffen hat, bei dem eine entsprechende Protokollierung der Einwilligung bloß in jenen Fällen erfolgt, in denen die betroffene Person „ohne jeden Zweifel“ eingewilligt hat.<sup>30)</sup> Der Nachweis eines solchen Systems begründet mE jedoch die vom EuGH geforderten weiteren Anhaltspunkte dafür, dass – im Fall einer entsprechenden Selbstprotokollierung – wirksam eingewilligt wurde. Ein solches System hat den Anforderungen des Art 24 DSGVO zu genügen und ist daher unter Berücksichtigung der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Risiken der Verarbeitung zu gestalten.

## 6. Zivil- und verbraucherrechtliche Transparenzanforderungen

Neben den datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine Einwilligungserklärung sind bei solchen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern auch die allgemeinen zivil- und verbraucherrechtlichen Erfordernisse zu erfüllen.<sup>31)</sup> Die österr Zivilgerichte haben die Transparenzbestimmungen des § 6 Abs 3 KSchG und die Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB bereits mehrfach auf datenschutzrechtliche Einwilligungserklärungen angewendet und mit einem Verstoß gegen diese die Unwirksamkeit der Einwilligung begründet.<sup>32)</sup> Die Parallelität der verbraucher- und datenschutzrechtlichen Transparenzerfordernisse wird auch durch ErwGr 42 DSGVO (Verweis auf die Klausel-RL 93/13/EWG) zum Ausdruck gebracht.<sup>33)</sup>

So wurden insbesondere die bloß beispielhafte oder abstrakte Aufzählung von Empfängern (zB „Auskunfteien“<sup>34)</sup>, „Dritte“<sup>35)</sup>), die Unterlassung des Hinweises auf die Widerruflichkeit der Einwilligung<sup>36)</sup>, die mangelnde Angabe der verarbeiteten Kategorien personenbezogener Daten<sup>37)</sup> und der Verarbeitungszwecke (zB

„Werbezwecke“<sup>38)</sup>, „zu Verwaltungszwecken“<sup>39)</sup>) als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG qualifiziert.

Klauseln wie jene im Anlassfall zur EuGH-Entscheidung, wonach die betroffene Person bestätigt, entsprechend informiert worden zu sein und eingewilligt zu haben, werden von der österr Rsp als unzulässige – und damit nichtige – Tatsachenbestätigung iSd § 6 Abs 1 Z 11 KSchG qualifiziert.<sup>40)</sup>

Die österr Rsp hat die Unzulässigkeit datenschutzrechtlicher Einwilligungserklärungen im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern infolge von intransparenten und inhaltlich unzulässigen Erklärungen bislang – soweit ersichtlich – mehrheitlich auf AGB-rechtliche Transparenzerfordernisse (§ 6 Abs 3 KSchG; Klausel-RL 93/13/EWG) gestützt. Eine Vielzahl der nunmehr durch die DSGVO etablierten bzw verschärften Transparenzerfordernisse wurde dadurch durch die österr Rsp bereits vorweggenommen.<sup>41)</sup>

## C. Fazit

Der EuGH hat einmal mehr strenge Anforderungen an die wirksame Einholung datenschutzrechtlicher Einwilligungserklärungen statuiert. Gerade in Fällen, in denen die datenschutzrechtliche Einwilligung Teil eines Vertragsdokuments ist, in dem auch andere Sachverhalte geregelt werden, sind durch den Verantwortlichen besondere materielle und formelle Voraussetzungen zu erfüllen. Dazu zählt neben Maßnahmen, die die Freiwilligkeit der Einwilligung sicherstellen und hervorheben, auch, dass die Unmissverständlichkeit der Willensbekundung sichergestellt und nachgewiesen werden kann. Überdies sind bei der sprachlichen und optischen Gestaltung der Einwilligungserklärung neben der Erfüllung von Informationspflichten auch datenschutz- sowie zivil- und verbraucherrechtliche Transparenzanforderungen zu erfüllen. →

29) EuGH 11. 11. 2020, C-61/19, *Orange România*, Rn 46.

30) Zur Form des Nachweises ausführlich *Kastelitz* in *Knyrim*, *DatKomm Art 7 DSGVO Rz 14 f.*

31) Zum Verhältnis von AGB-Kontrolle und DSGVO und zur Zulässigkeit von Verbandsklagen nach § 28 KSchG in Bezug auf unzulässige Einwilligungserklärungen *Leupold/Schrems* in *Knyrim*, *DatKomm Art 80 DSGVO Rz 47 ff.*

32) Eine ausführliche Übersicht über die österr Rsp findet sich in *Wyrobek*, *Problem Einwilligungserklärung*, in *Knyrim*, *Praxishandbuch Datenschutzrecht<sup>4</sup> (2020) 89 Rz 6.77 ff.*

33) *Kastelitz* in *Knyrim*, *DatKomm Art 7 DSGVO Rz 24*; *Leupold/Schrems* in *Knyrim*, *DatKomm Art 80 DSGVO Rz 48 ff.*

34) OGH 14. 11. 2012, 7 Ob 84/12x *justIT 2013/13 (Thiele)* = *justIT 2013/42 (Forizs)*.

35) OGH 25. 2. 2016, 2 Ob 20/15b *justIT 2016/58 (Thiele) (Mobilfunkvertrag B-Free)*.

36) OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 179/02f.

37) OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 221/06p; ausreichend determiniert und damit zulässig ist nach 2 Ob 20/15b *justIT 2016/58 (Thiele)* der Verweis auf die „Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne der Bestimmungen des TKG 2003“.

38) OGH 13. 9. 2001, 6 Ob 16/01y.

39) OLG Wien 26. 8. 2020, 1 R 27/20b (rk) *VbR 2020/142*.

40) OLG Wien 26. 8. 2020, 1 R 27/20b (rk) *VbR 2020/142*, bzgl einer Bestätigung zur Berechtigung der Angabe von „erforderlichen Daten“ Dritter; 1 Ob 57/20v *VbR 2020/113*, wonach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG im Licht des Effektivitätsgebots nicht nur Klauseln erfasst, die die Beweislast rechtlich verschieben, sondern per analogiam auch Klauseln, die faktisch dazu führen, dass der Verbraucher eine Beweislast zu tragen hat, die rechtlich seinem Vertragspartner obliegt; 4 Ob 184/18i *VbR 2019/43*; 7 Ob 217/16m *VbR 2017/108*.

41) *Kastelitz* in *Knyrim*, *DatKomm Art 7 DSGVO Rz 24*.

Insgesamt sollten sich Verantwortliche vor jeder Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung die Frage stellen, ob die beabsichtigte Verarbeitung tatsächlich einer datenschutzrechtlichen Einwilligung iSd

Art 6 Abs 1 lit a DSGVO bedarf oder die Verarbeitung (allenfalls in eingeschränkter Form) auf einen anderen Zulässigkeitsgrund des Art 6 DSGVO gestützt werden kann.

#### → In Kürze

Der EuGH hat seine Rsp zur Unmissverständlichkeit der Handlung in Zusammenhang mit der Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten fortgeschrieben und festgehalten, dass eine durch den Verantwortlichen vorausgewählte Checkbox nicht geeignet ist, eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung durch die betroffene Person zu bewirken und nachzuweisen. Die Einholung einer Einwilligung im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern setzt überdies einen Hinweis auf deren Freiwilligkeit voraus. Der EuGH hat den Umfang der Mindestinhalte der notwendigen Information über die Datenverarbeitung, in die eingewilligt werden soll, konkretisiert und erweitert. Neben den datenschutzrechtlichen Vorgaben sind auch allgemeine zivil- und verbraucherrechtliche Transparenzfordernisse zu erfüllen.



#### → Zum Thema

##### Über den Autor:

Alexander Höller, LL. M., ist Rechtsanwalt und Leiter der Abteilung IT & Digitalisierung bei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte, vormals Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Er publiziert insbesondere zum IT- und Datenschutzrecht. Kontaktadresse: KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 Wien. Tel: +43 (0)1 24 500-3145, E-Mail: alexander.hoeller@kwr.at, Internet: www.kwr.at

##### Vom selben Autor erschienen:

Die zivilrechtliche Haftung der Geschäftsleitung für Datenschutzverstöße, ZIIR 2021/Heft 1 (im Druck, zusammen mit Weber).