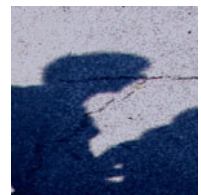
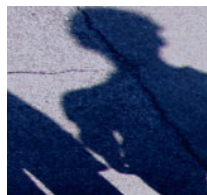




Ludwig Boltzmann Institut
Menschenrechte

**NEUERUNGEN ZUR ZUSTIMMUNG:
BESTEHT NACH DER DS-GVO EIN
GENERELLES KOPPELUNGSVERBOT?
Debattenbeitrag zur Datenschutz-Grundverordnung 3**

VERSION 9.1.2017



Sonja Dürager / Waltraut Kotschy

Inhaltsverzeichnis

A. DIE EINWILLIGUNG UND DER VERTRAG ALS RECHTSGRUNDLAGEN DER DATENVERARBEITUNG	3
1. Rechtsgrundlagen zulässiger Datenverarbeitung in der GVO	4
2. Zum Umfang der aufgrund von Zustimmung oder Vertrag zulässigerweise durchführbaren Datenverarbeitung.....	5
B. DARF EIN VERTRAG MIT KLAUSELN ÜBER NICHT-VERTRAGSERFORDERLICHE DATENVERWENDUNG UNTRENNBAR VERBUNDEN (GEKOPPELT) SEIN?	7
1. Bisherige Haltung zum Bestehen eines Koppelungsverbots	7
2. Die Rechtslage nach der GVO	10

BESTEHT NACH DER DS-GVO EIN GENERELLES KOPPELUNGSVERBOT?

Sonja Dürager/Waltraut Kotschy

(Version: 9.1.2017)

Maßgebliche Bestimmungen

ALT: in der RL 95/46¹:

Art. 7 lit. a und b

Art. 8 Abs. 1 und 2

NEU: in der GVO²

Art. 6 Abs. 1 lit. a und b

Art. 7 Abs. 4

Art. 9 Abs. 1 und 2

A. DIE EINWILLIGUNG³ UND DER VERTRAG⁴ ALS RECHTSGRUNDLAGEN DER DATENVERARBEITUNG

RL:

GRUNDSÄTZE IN BEZUG AUF DIE ZULÄSSIGKEIT DER VERARBEITUNG VON DATEN

Artikel 7

Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- a) Die betroffene Person hat ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben;
- b) die Verarbeitung ist erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags, dessen

GVO:

Artikel 6

Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

(1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

- a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
- b) die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die

¹ RICHTLINIE 95/46/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 24. Oktober 1995

zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr

² VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)

³ Die Autorinnen gehen davon aus, dass die bisherige österreichische Terminologie in ihrer alternativen Anwendbarkeit durch besondere österreichische Rechtsvorschrift aufrechterhalten wird. Die beiden Begriffe „Einwilligung“ und „Zustimmung“ werden in den folgenden Ausführungen synonym verwendet.

⁴ Vorvertragliche Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen (Art. 6 Abs. 1 (b) zweiter Satzteil), sind von der vorliegenden Betrachtung ausgeklammert, da sie sich bisher in der Praxis als kaum problembehaftet erwiesen haben.

Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen;
.....

betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;
.....

Artikel 9

BESONDERE KATEGORIEN DER VERARBEITUNG

Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Artikel 8

(1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person ist untersagt.

Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

(1) Die Mitgliedstaaten untersagen die Verarbeitung personenbezogener Daten aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von Daten über Gesundheit oder Sexualleben.

(2) Absatz 1 findet in folgenden Fällen keine Anwendung:

(2) Absatz 1 gilt nicht in folgenden Fällen:
a) Die betroffene Person hat ausdrücklich in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt, es sei denn, nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden;

a) Die betroffene Person hat ausdrücklich in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt, es sei denn, nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden;

.....

.....

1. Rechtsgrundlagen zulässiger Datenverarbeitung in der GVO

„Zustimmung“ und „Vertrag“ sind nach Art 6 Abs 1 der GVO - so wie bisher nach Art 7 der RL – gleichermaßen mögliche Grundlage einer zulässigen Datenverarbeitung. Es herrscht keine Rangfolge zwischen den einzelnen Fällen des Art 6 Abs 1; es muss jeweils nur eine der in den lit a – f des Art 6 Abs 1 genannten möglichen Grundlagen⁵ vorhanden sein.

Art. 6 Abs 1 GVO stellt zwar die zentrale Norm hinsichtlich der Zulässigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten dar, ist jedoch nicht allein maßgebend: Insbesondere die Grundsätze des Art 5 der GVO sind immer zusätzlich zu beachten.

⁵ Neben Zustimmung und Vertrag können auch das lebenswichtige Interesse des Betroffenen, rechtliche Verpflichtungen des Auftraggebers, die Wahrnehmung öffentlicher Interessen sowie das Vorliegen eines berechtigten Interesses des Auftraggebers oder eines Dritten (im privaten Bereich) Grundlage für die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung sein

Überdies sind bei der Verwendung von sensiblen Daten iSd Art 9 Abs. 1 GVO die besonderen Verwendungsbeschränkungen dieses Artikels (Abs 2 – 4) einzuhalten. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass eine Zustimmung zur Verarbeitung sensibler Daten „ausdrücklich“⁶ gegeben worden sein muss, um wirksam zu sein, und dass der „Vertrag“ als Rechtsgrundlage der Verarbeitung von sensiblen Daten nur sehr beschränkt in Frage kommt, wie weiter unten noch genauer erläutert wird.

Eine gewisse Erweiterung zulässiger Datenverarbeitung ergibt sich im Übrigen - unabhängig von der jeweiligen Rechtsgrundlage – aus der Zulässigkeit der Weiterverwendung von Daten für kompatible Zwecke nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 1 (b) und des Art. 6 Abs. 4 der GVO.⁷

2. Zum Umfang der aufgrund von Zustimmung oder Vertrag zulässigerweise durchführbaren Datenverarbeitung

2.1. Reichweite einer Zustimmung

Wenn die Zustimmung vor dem Hintergrund eines – möglicherweise existierenden⁸ – Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gesehen wird, wären rechtliche Beschränkungen für die Wirksamkeit einer Zustimmung grundsätzlich unzulässig. Da eine Zustimmung aber auch als Grundrechtsverzicht des Betroffenen verstanden werden kann (- also nicht als ein „Recht“, sondern als ein „Verzicht auf ein Recht“), scheint die Frage, ob es Grenzen für die Wirksamkeit eines Verzichts auf das Grundrecht auf Datenschutz gibt, relevant.

Die Art. 29 Gruppe hat sich in ihrer Stellungnahme 15/2011 zum Begriff der Einwilligung⁹ ausführlich mit den Grenzen der Tauglichkeit der Zustimmung als Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung auseinandergesetzt. Zur angemessenen Nutzung der Einwilligung als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung wird u.a. folgendes ausgeführt: „Die Verwendung der Einwilligung ‚im richtigen Zusammenhang‘ ist wesentlich. Wenn sie unter Umständen genutzt wird, für die sie nicht geeignet ist, da das Vorliegen der für eine gültige Einwilligung erforderlichen Elemente unwahrscheinlich ist¹⁰, würde dies die Einwilligung sehr anfällig machen. In der Praxis würde das die Position der betroffenen Person *schwächen*.“¹¹ Daraus folgt, dass die Freiwilligkeit einer erteilten Zustimmung mit besonderer Sorgfalt zu prüfen ist, wenn sie unter Umständen erteilt wurde, die Zweifel daran aufkommen lassen, dass keinerlei Zwang vorhanden war. Ihre bereits früher geäußerte Rechtsauffassung zu den

⁶ vgl. dazu die Ausführungen in *Dürager/Kotschy*: Neuerungen zur Zustimmung (Einwilligung) nach der DS-GVO. Debattenbeitrag zur Datenschutz-Grundverordnung 2. Wien: Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, 2016.

⁷ vgl. dazu die Ausführungen in *Kotschy*: Das Zweckbindungsprinzip und zulässige Weiterverarbeitung. Debattenbeitrag zur Datenschutz-Grundverordnung 1. Wien: Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, 2016.

⁸ In Österreich wird „informationelle Selbstbestimmung“ nicht so sehr als eigenes Recht, oder gar Grundrecht, gesehen als vielmehr als Teil der Privatautonomie des Individuums. Auch im EU-Datenschutzrecht findet sich kein „Recht“ auf informationelle Selbstbestimmung, woraus sich der Vorrang der „Einwilligung“ vor allen anderen möglichen Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitung ergäbe; vielmehr wird die „Zustimmung“ als gleichwertig mit allen anderen Fällen des Art. 7 der DS-RL bzw. Art. 6 Abs. 1 GVO gesehen (vgl. z.B. *Dammann/Simits*, Datenschutzrichtlinie - Kommentar, S 147: „Artikel 7 enthält sechs voneinander unabhängige und in ihrer rechtlichen Funktion gleichwertige Zulassungstatbestände“; so im Ergebnis auch EG 40 zur GVO.

⁹ Vom 13. Juli 2011, WP 187

¹⁰ So nunmehr auch EG 43 zur GVO: „Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern.“

¹¹ WP 187, S 10

Voraussetzungen für eine gültige Zustimmung bekräftigt die Art. 29 Gruppe in WP 187 wie folgt: „In WP131erwähnt die Datenschutzgruppe Folgendes: „*Ohne Zwang bedeutet, dass sich eine Person aus freien Stücken und im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte ohne jeglichen sozialen, finanziellen, psychologischen oder sonstigen Druck von außen entscheiden kann....*“¹² Wenn sich aus der Verweigerung der Zustimmung für den Betroffenen ein ins Gewicht fallender Nachteil ergäbe – das kann nach den von der Art. 29 Gruppe verwendeten Fallbeispiele durchaus auch ein ins Gewicht fallender finanzieller Nachteil sein -, dann ist davon auszugehen, dass eine erfolgte Einwilligung nicht „in ausreichendem Maße ohne Zwang“ geschah.¹³

Wenn daher vorherzusehen ist, dass Betroffene zur Rechtfertigung einer Datenverarbeitung um ihre Zustimmung in Situationen ersucht werden könnten, in welchen sie erheblichem wirtschaftlichem, sozialem oder gesellschaftlichem Zwang zur Zustimmungserteilung ausgesetzt sind, wird der Gesetzgeber nur seiner staatlichen Schutzpflicht entsprechen, wenn er die Legitimierung von Datenverarbeitung durch die Zustimmung der Betroffenen für diese Situationen untersagt.¹⁴ Derartige Beschränkungen der Privatautonomie dürfen durch den Gesetzgeber freilich nicht willkürlich festgesetzt werden, sondern müssen einem objektiv erkennbaren besonderen Schutzinteresse der Betroffenen entspringen.

2.2. Reichweite eines Vertrages

Zunächst ist festzuhalten, dass nur ein Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Betroffenen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten des Betroffenen sein kann und nicht etwa ein Vertrag zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten.

Ein Vertrag mit dem Betroffenen bildet eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung seiner Daten nur jeweils insoweit, als die Daten *erforderlich* sind, *damit der Auftraggeber als Vertragspartner des Betroffenen den Vertrag erfüllen kann*. Jede inkompatible Weiterverwendung dieser Daten ebenso wie die Verwendung weiterer Daten (- über die erforderlichen hinaus -) bedarf einer zusätzlichen Rechtsgrundlage, damit sie stattfinden darf.¹⁵

Für die Verarbeitung sensibler Daten ergibt sich eine wesentliche inhaltliche Einschränkung aus Art 9 der GVO (wie auch bisher aus Art 8 der RL): Ein Vertrag mit dem Betroffenen kann nur dann Rechtsgrundlage für die Verarbeitung sensibler Daten (z B Gesundheitsdaten) sein, wenn er für einen der in Art 9 Abs. 2 GVO genannten Zwecke (z.B. ärztliche Behandlung oder u.U. auch ein Arbeitsverhältnis) abgeschlossen wurde. Sollen sensible Daten mit Einverständnis des Betroffenen für andere als die Art. 9 Abs. 2 genannten Zwecke verwendet werden, wäre die ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen in die Verarbeitung seiner Daten gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a GVO notwendig.

¹² WP 187, S 15

¹³ WP 187, S 18

¹⁴ Im Hinblick auf die Verarbeitung sensibler Daten wird in Art. 9 Abs. 2 Z 1 GVO ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nach Unions- oder MS-Recht bestehende Verarbeitungsverbote für sensible Daten durch Einholung einer Zustimmung des Betroffenen nicht beseitigt werden können, d.h. dass die Wirksamkeit der Zustimmung als Rechtsgrundlage für Datenverarbeitung beschränkt werden darf.

¹⁵ Dieselbe inhaltliche Begrenzung gilt für vorvertragliche Maßnahmen, die ein Auftraggeber auf Wunsch des Betroffenen ergreift.

B. DARF EIN VERTRAG MIT KLAUSELN ÜBER NICHT- VERTRAGSERFORDERLICHE DATENVERWENDUNG UNTRENNBAR VERBUNDEN (GEKOPPELT) SEIN?

RL:

GVO:

Art. 7 (4): 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.

Nachdem ein Vertrag mit dem Betroffenen nur die Verarbeitung jener Daten datenschutzrechtlich rechtfertigt, die zur Vertragserfüllung erforderlich sind, wird oftmals versucht, eine weiter gehende Ermächtigung zur Datenverarbeitung auf eine in den Vertrag integrierte Zustimmungsklausel zu stützen. Dieser Sachverhalt ist vor allem im Zusammenhang mit der Zustimmung zur Weiterverwendung von Daten für Marketingzwecke Dritter bei kostenlos zur Verfügung gestellten Diensten der Informationsgesellschaft bedeutsam.

Kann nun das Faktum des Abschlusses des Vertrags, der eine solche Klausel beinhaltet, als *konkludente Einwilligung* zur weitergehenden Datenverarbeitung gedeutet werden oder ist eine solche Koppelung eines Vertrags mit einer Zustimmungsklausel, zu der die Zustimmung durch den Abschluss des Vertrages (also: konkludent) erteilt würde, unzulässig?

1. Bisherige Haltung zum Bestehen eines Koppelungsverbots

1.1 In Österreich hat sich die Datenschutzbehörde (- damals noch „Datenschutzkommission“ -) in einer Empfehlung¹⁶ aus 2012 zu diesem Thema geäußert, der im Übrigen auch das Bundesverwaltungsgericht¹⁷ in einer Entscheidung aus jüngerer Zeit gefolgt ist:

Gegenstand der Empfehlung war ein Vertrag, der nicht abgeschlossen werden konnte, ohne gleichzeitig in die (Weiter)Verwendung der Daten für Gewinnspiele und Spendenaktionen einzuwilligen. Diesen Umstand hielt die Datenschutzkommission für nicht vereinbar mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit einer Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSG 2000 und § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 und äußerte daher die Rechtsmeinung, dass eine derartige Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (in der Folge: „AGB“) unzulässig sei: Im vorliegenden

¹⁶ DSK 13.7.2012, K212.766/0010-DSK/2012. Gemäß § 30 Abs 6 DSG 2000 kann die DSB zu Herstellung des rechtmäßigen Zustandes eine Empfehlung aussprechen. Diesem Rechtsakt kommt allerdings kein normativer Charakter zu, weshalb die darin geäußerte Auffassung für allfällige Folgeverfahren nicht verbindlich ist (vgl VwGH 19.12.2006, 2006/06/0301).

¹⁷ BvVwG W120 20022340-1

Fall habe 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 handle, die nicht im synallagmatischen Zusammenhang mit den angebotenen Leistungen stehe, sondern in Wahrheit mit diesen Leistungen überhaupt nichts zu tun habe. Die gewählte Gestaltung der AGB führe daher zum Ergebnis, dass auch jene Kunden, die nie bereit wären, eine derartige Zustimmung zu erteilen, aber dennoch den Vertrag abschließen wollen, eine entsprechende Zustimmungserklärung zunächst abgeben müssen, um sie erst in weiterer Folge widerrufen zu können. Dem Kunden müsse aber die Möglichkeit gegeben werden, den angestrebten Vertrag auch ohne die Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung zu schließen, etwa durch eine Gestaltung von AGB in der Form, dass die Zustimmungserklärung gesondert angeklickt werden kann ("Opt-in"- Lösung).¹⁸

Als wesentlich für die Beurteilung, ob die Koppelung von Vertrag und Zustimmung zulässig ist, wird somit der Umstand bezeichnet, ob ein „synallagmatischer Zusammenhang“ zwischen der angebotenen Leistung und der von der Klausel betroffenen Datenverwendung besteht. Darauf hat auch das Bundesverwaltungsgericht unlängst in einer Entscheidung Bezug genommen, in der ein synallagmatischer Zusammenhang zwischen Vertragsdaten und ihrer Weiterverwendung für Zwecke der Eigenwerbung des einen Vertragspartners beim anderen Vertragspartner angenommen wurde.¹⁹

Ein synallagmatischer Zusammenhang besteht dann, wenn eine wechselseitige Verknüpfung von Forderung und Gegenforderung aus einem Rechtsgeschäft vorliegt, die durch gemeinsamen Entstehungsgrund und Zweck verbunden sind. Pflicht und Gegenpflicht stehen also im Austauschverhältnis.²⁰ Dieses Austauschverhältnis kann prinzipiell im Sinne der Privatautonomie willkürlich von den Parteien festgelegt werden, doch dürfen – in vorsichtiger Auslegung der zitierten Äußerungen der DSK und des Bundesverwaltungsgerichts – im datenschutzrechtlichen Kontext offenbar die von der Anbieterseite erfolgenden Festlegungen nicht den Grundsatz der fairen Datenverarbeitung, also den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen: Eine solche Verletzung wäre in etwa dann anzunehmen, wenn die Vertragserfüllung keine (oder nur eine eingeschränkte) Verarbeitung der persönlichen Daten des Vertragspartners erfordert, der Anbieter aber eine umfassendere und sachlich völlig zusammenhanglose Datenverarbeitung trotzdem zwingend mit seinem Angebot verknüpft.²¹ Ein solcherart oktroyiertes Austauschverhältnis soll offenbar nicht dazu dienen können, die Notwendigkeit einer Einwilligung des Betroffenen zu umgehen, wenn der Vertrag als Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung nicht ausreicht, weil der Umfang der beabsichtigten Datenverarbeitung in keinem sach-logischen Zusammenhang mit der angebotenen Leistung steht.

Welche Reichweite einem solchen sach-logischen Zusammenhang zwischen Anbot und Zulässigkeit der Datenverarbeitung zuzuerkennen ist, ist derzeit anhand der Artikel 6 und 7 der Richtlinie 95/46/EG und ihrer Umsetzung durch die §§ 6 – 8 DSGVO zu beurteilen.

¹⁸ Generell wird mangelnde Freiwilligkeit der Erklärung als Ausschluss oder Reduktion an Handlungsmöglichkeiten des Betroffenen durch einen Dritten verstanden. Ziel der Rechtsordnung muss es sein, externe negative Einflüsse auf eine bestimmte Entscheidungssituation auszuscheiden (Vgl. *Reimer*, Die datenschutzrechtliche Zustimmung, 124), sie muss es dem Betroffenen vielmehr ermöglichen, eine eigenständige Alternative zu dem vom anderen Vertragsteil erwünschten Verhalten auszubilden. In diesem Sinn hat auch die DSK ausgesprochen, dass dem Kunden die Möglichkeit gegeben werden müsste, den Vertrag ohne Einwilligung in die Datenverarbeitung abzuschließen.

¹⁹ Das Bundesverwaltungsgericht sieht die Zustimmung zur Verwendung der elektronischen Kontaktinformationen für „eigene Marktforschung und Werbung“ als im synallagmatischen Zusammenhang stehend an (BvVwG W120 20022340-1); vgl. auch *Knyrim*, Praxishandbuch Datenschutzrecht (2015)³ 192.

²⁰ Vgl. *Kozioł*, Bürgerliches Recht I, 105 und Bürgerliches Recht II, 3ff.

²¹ Vgl. auch *Schafft/Ruoff*, Nutzung personenbezogener Daten für Werbezwecke zwischen Einwilligung und Vertragserfüllung, CR 7/2006, 500.

Nach *Dammann/Simitis*²² würde Art. 7 (b) der RL 95/46 jedenfalls auch erlauben, dass Daten, die dem Verantwortlichen vom Betroffenen z.B. zur Verarbeitung im Rahmen eines per Versand abgewickelten Kaufvertrages zur Verfügung gestellt werden, zu Zwecken der Marktanalyse und für Werbezuschriften an den Betroffenen verwendet werden dürfen; eine an Treu und Glauben orientierte Verarbeitung von Daten schließt **kompatible** (Weiter)Verwendungen von Daten ein.^{23 24}

Zusammenfassend ergibt sich, dass das von der Judikatur in Österreich mehrfach ins Spiel gebrachte notwendige „Synallagma“ zwischen Anbot und gekoppelter Gegenleistung in etwa dem zu entsprechen scheint, was einen Leistungszusammenhang „nach Treu und Glauben“ darstellt, d.h. über die eigentliche Vertragserfüllung nur insoweit hinausgeht als dies nach allgemeiner Anschauung üblicherweise oder zumindest häufig stattfindet und nicht auf ungewöhnliche und unvorhersehbar Weise mit einem bestimmten Vertragszweck verbunden wird: Leistung und Gegenleistung müssen zueinander somit in einem Verhältnis der „Vereinbarkeit“ stehen. Soweit eine solche Sachlage einer „nicht unvereinbaren“, also **kompatiblen Weiterverwendung** der für die eigentliche Vertragserfüllung erhobenen Daten **gleichkommt**,²⁵ ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine Zustimmungsklausel in der Regel gar nicht erforderlich sein wird, weil dieser Zweck von der ursprünglichen Rechtfertigung der Datenverarbeitung noch gedeckt ist. Die kompatible Weiterverwendung von Daten ist ohne zusätzliche Rechtsgrundlage erlaubt. Aus der Differenzierung nach einem synallagmatischen Zusammenhang scheint daher für die Problematik des Koppelungsverbotens letztlich nicht viel zu gewinnen zu sein.

Für die Praxis ergibt sich nach der bisherigen österreichischen Judikatur, dass

- in allen Fällen von kompatibler **Weiterverwendung** eine an einen Vertrag gekoppelte Zustimmung zulässig ist,²⁶ wenngleich sie an sich überflüssig ist, weil nur eine Information der Betroffenen über die kompatible Weiterverwendung ihrer Daten notwendig wäre; weiters dass
- bei inkompatibler Weiterverwendung oder bei Ermittlung zusätzlicher Daten für einen **inkompatiblen** Nebenzweck²⁷ eine Koppelung einer Zustimmungserklärung an den Vertrag nicht zulässig zu sein scheint, da es – nach österreichischer Lesart – an dem erforderlichen „Synallagma“ zwischen Leistung und Gegenleistung mangelt, sodass
- nur in jenen Fällen, in denen die Daten originär *nicht* für die Vertragserfüllung ermittelt wurden²⁸ und für einen mit dem Vertragszweck kompatiblen Nebenzweck verwendet

²² EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar (1996)

²³ Vgl. *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (1996) 148 Rz 5. Zum selben Ergebnis gelangt letztlich auch das BvVwG in seiner Entscheidung W120 20022340-1, wenn es das Vorliegen eines Synallagmas in diesem Umfang annimmt.

²⁴ Diese Sichtweise wird durch die GVO bestätigt und in Art. 6 Abs. 4 hinsichtlich der Kriterien der „Kompatibilität“ näher ausgeführt

²⁵ Art. 6 Abs. 4 GVO enthält einen Katalog von Kriterien für ‚kompatible Weiterverwendung‘, der allerdings nur Beispielscharakter hat.

²⁶ Eine kompatible Weiterverwendung stützt sich auf die Rechtsgrundlage, die für die originäre Verwendung besteht.

²⁷ Wenn z.B. für Marketingzwecke *Dritter* Daten des Vertragspartners, die für die Erfüllung des Vertrags nicht gebraucht werden, zusätzlich ermittelt werden sollen

²⁸ Z.B. zusätzliche Kundendaten, wie „Geburtstag“

werden sollen²⁹, die Koppelung von Vertrag und Zustimmungserklärung erlaubt und auch notwendig ist.³⁰

1.2 Die Rechtslage in Deutschland ist derzeit eindeutiger gestaltet als jene in Österreich, da sich eine eigene Bestimmung des deutschen BDSG³¹ mit der Koppelung auseinandersetzt: Nach § 28 Abs. 3b der dBDSG wird die Ungültigkeit einer im Rahmen eines Vertrages eingeholten Einwilligung zu erweitertem Datengebrauch (für Werbezwecke) davon abhängig gemacht, ob „dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.“ Wenn eine gleichartige vertragliche Leistung ohne Einwilligung in die erweiterte Datenverwendung unschwer erhältlich ist, wird der Abschluss eines Vertrages mit integrierter Zustimmung zu erweiterter Datenverwendung (für Werbezwecke) als freiwillig angesehen, sodass die Koppelung von Vertrag mit Zustimmungsklausel zulässig wäre.

2. Die Rechtslage nach der GVO

2.1 Im Text der GVO kommt das Wort „Koppelungsverbot“ nicht vor. Die GVO enthält aber eine Bestimmung, die sich ausdrücklich mit dem Kernproblem der Koppelung auseinandersetzt, nämlich mit der Freiwilligkeit der Abgabe einer mit einem Vertrag untrennbar verbundenen Zustimmungserklärung, die eine Art und Weise der Verarbeitung von Daten betrifft, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist:

Artikel 7 Bedingungen für die Einwilligung

.....
(4) 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.

Der Text des Art. 7 Abs. 4 GVO gibt keine weitere Anleitung, wie dem Umstand des Vorliegens von Koppelung in einem konkreten Fall „in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen“ ist - es lässt sich aus dieser Formulierung wohl auch keine ausnahmslose Ungültigkeit jeglicher Koppelung ableiten. Am ehesten scheint dieser Text darauf hinzuweisen, dass die Frage der Freiwilligkeit einer solchen durch Vertragsabschluss konkludent gegebenen Zustimmung äußerst streng zu prüfen ist.

EG 43 zur GVO äußert sich demgegenüber deutlicher: Dort wird dezidiert die Ansicht vertreten, dass eine Zustimmung in dieser Konstellation nicht gültig erteilt werden kann, was einem absoluten Koppelungsverbot gleichkäme:

EG 43 :“.....Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, *oder wenn die Erfüllung eines*

²⁹ Z.B. Übermittlung eines Werbegeschenks durch den Vertragspartner an den Kunden aus Anlass seines Geburtstags

³⁰ Da es sich hier nicht um eine „Weiterverwendung“ von Daten handelt, ist eine eigene Rechtsgrundlage für die Datenverwendung erforderlich.

³¹ Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. Februar 2015 (BGBl. I S. 162) geändert worden ist

Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.“

Nun sind Erwägungsgründe in ihrer Bedeutung nicht völlig gleichzuhalten mit dem Text eines EU-Rechtsaktes, doch lässt sich insgesamt aus Art. 7 Abs. 4 iVm EG 43 wohl ablesen, dass grundsätzlich eher vom Bestehen eines Koppelungsverbots auszugehen ist, wenn auch ein gewisser Beurteilungsspielraum bestehen bleibt: Wenn eine eingehende Prüfung der Sachlage ergibt, dass im konkreten Fall *doch* Freiwilligkeit der Zustimmung anzunehmen ist, scheint eine Berücksichtigung dieses Umstands zulässig. Die Formulierung des Art. 7 Abs. 4 schließt m.E. jedenfalls nicht aus, dass der Auftraggeber den Beweis führen darf, dass in einem konkreten Fall Freiwilligkeit der Zustimmungserklärung vorlag.

Art. 7 Abs. 4 liefert keinen Anhaltspunkt dafür, wann Situationen vorliegen könnten, in welchen Koppelung ausnahmsweise doch zulässig sein könnte, weil an der Freiwilligkeit der Zustimmung nicht zu zweifeln ist. In der bisherigen Behandlung dieses Themas wurde gelegentlich darauf abgestellt, ob der Anbieter einer vertraglichen Leistung eine Art Monopol-Stellung hat: Wenn dieser die vertragsgemäße Erbringung seiner (monopolistischen) Leistung an eine Zustimmung zu nicht-vertragserforderlicher Datenverwendung bindet, kann der Betroffene nicht auf andere Angebote ausweichen, sodass seine Zustimmung quasi erzwungen wird.³² § 28 Abs. 3b des deutschen BDSG lässt eine derartigen Wertung erkennen, indem die Unzulässigkeit einer an einen Vertrag gekoppelten Einwilligungserklärung nur für den Fall ausgesprochen wird, dass *dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist*. Im Anwendungsbereich der GVO würde dies bedeuten, dass das grundsätzlich anzunehmende Koppelungsverbot ausnahmsweise unanwendbar wäre, wenn es dem Auftraggeber gelingt nachzuweisen, dass der Betroffene nach der Marktlage im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ohne unverhältnismäßigen Aufwand eine gleichartige Leistung ohne Koppelung an eine nicht-erforderliche Datenverwendung hätte vereinbaren können.

Ob ein Mangel an Zwang auch dann anzunehmen ist, wenn die Leistung, an die die Zustimmung gekoppelt ist, von so untergeordneter Bedeutung für die (durchschnittliche) Bedürfnislage von Betroffenen ist, dass sich aus dieser „Beliebigkeit“ die Glaubhaftigkeit eines freiwilligen Vertragsabschlusses samt Zustimmungsklausel ergibt, scheint diskussionswürdig. Angesichts des im Zivilrecht so wesentlichen Prinzips der Vertragsfreiheit darf nämlich die Annahme eines Koppelungsverbots ihrerseits nicht überschießend sein. Soweit die Zustimmungsklausel angesichts des wesentlichen Inhalts des Vertrags, an den sie gekoppelt ist, den Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt, scheint ein Verbot der Koppelung nicht zwingend.

2.2 Im Hinblick darauf, dass eine gleichwertige Leistung ohne Koppelung erhältlich sein sollte, wenn die Freiwilligkeit einer gekoppelten Zustimmung behauptet wird, wird des Öfteren auch folgende Vorgangsweise empfohlen³³: Da ein Koppelungsverbot dem Schutz der Entscheidungsfreiheit des Betroffenen dient, könne bei Gratisdiensten dem Kunden auch angeboten werden, entweder den Dienst gegen Bezahlung eines Entgelts zu beziehen, oder

³² Dies kann auch in der Form gegeben sein, dass in einer ganzen Branche nur Verträge (AGB) mit derartigen Zusatzklauseln angeboten werden

³³ Die Ko-Autorinnen konnten in dieser Frage keine völlige Übereinstimmung erzielen; Sonja Dürager vertritt die Auffassung, dass das gleichzeitige Anbot einer Leistung gegen Entgelt geeignet sein kann, das Problem eines allfälligen Koppelungsverbots zu lösen. Das muss sich nach Dürager unter anderem daraus ergeben, dass ein Grundrechtsverzicht prinzipiell zulässig ist. Die analoge Anwendung des Sittenwidrigkeitskorrektivs, das es für Körperverletzungs- und Gefährdungsdelikte gibt, wäre wohl auch unzulässig, da es generelle Aussagen gibt, dass das Sittenwidrigkeitskorrektiv nicht auf die Einwilligungstheorie insgesamt als allgemeiner Grundsatz übertragen werden darf (vgl. Zipf, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 381). Waltraut Kotschy ist hievon weniger überzeugt, wie die im folgenden Absatz angestellten Überlegungen zeigen.

statt des Entgelts³⁴ einer erweiterten Nutzung der Daten zuzustimmen (z.B. zur Profilerstellung und Zusendung diverser Werbeangebote). Insgesamt könne wohl bei Anbieten einer Bezahloption neben der Zustimmung zur Datenverarbeitung von der Entscheidungsfreiheit der Nutzer³⁵ ausgegangen werden, sodass an der Freiwilligkeit einer Zustimmung dann wohl kein Zweifel bestehe, wenn der Nutzer die Wahl hatte, ob er mit Geld oder mit der Nutzung seiner Daten bezahlt.³⁶ Letzterer Sachverhalt wäre dem Kunden allerdings nach der Art des Eingriffs und seinen Auswirkungen auf das Grundrecht im Einzelnen zu erklären, und er wäre auch auf die jederzeitige Widerrufbarkeit seiner Gegenleistung – wie das in Art. 7 Abs. 3 GVO verlangt wird - hinzuweisen.

Die vorstehend vorgeschlagene Vorgangsweise ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit, einem Grundprinzip unserer Zivilrechtsordnung, beherrscht. Sie scheint auf den ersten Blick auch ein hohes Maß an Wahl- und Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten. Doch lässt eine genauere Prüfung doch Zweifel aufkommen, insbesondere im Lichte der Ausführungen der Art. 29 Gruppe zur Freiwilligkeit einer Einwilligung³⁷: Wird durch ein solches Doppel-Angebot wirklich eine Situation geschaffen, die keine erheblichen Nachteile für denjenigen mit sich bringt, der eine Zustimmung nicht erteilen will? Oder entsteht hier „Zwang“ in Form von finanziellen Auswirkungen auf die Betroffenen? Dies wird nicht zuletzt von der Höhe des verlangten Entgelts abhängen.

Dieser Fragenkomplex ist von erheblicher praktischer Bedeutung, vor allem im kommerziellen Bereich im Zusammenhang mit Marketing-Anwendungen. Ob hier Grenzen für einen „Grundrechtsverzicht gegen Entgelt“³⁸ bestehen oder eher von der Freiheit der Vertragsgestaltung auszugehen ist, kann nicht mit Sicherheit beantwortet werden. Angesichts des Wortlauts des Art. 7 Abs. 4 GVO wird für eine klare Beantwortung dieser Fragen wohl die künftige Judikatur der zur Vollziehung der GVO berufenen Behörden und Gerichte abzuwarten sein.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass

- eine Zustimmungsklausel überhaupt nur dann erforderlich sein könnte, wenn die vertragsüberschreitende Datenverwendung keine „kompatible Weiterverwendung“ darstellt, und dass – in allen anderen Fällen -
- eine Koppelung von Vertrag und Zustimmungsklauseln nur zulässig ist, wenn überzeugende Hinweise dafür sprechen, dass ausnahmsweise doch Freiwilligkeit bei der konkludenten Zustimmungserteilung vorlag;
 - dieser Fall könnte insbesondere gegeben sein, wenn das mit einer Zustimmung zu vertragsüberschreitender Datenverwendung gekoppelte Leistungsangebot NICHT in „monopolistischer“ Position des Anbieters erfolgt;
 - Freiwilligkeit darf möglicherweise auch dann angenommen werden, wenn die Art der angebotenen, an eine Zustimmung gekoppelten Leistung, gemessen am durchschnittlichen Bedürfnisniveau von potentiellen Vertragspartnern, von minderer Bedeutung ist, insbesondere keine lebensnotwendige Leistung oder Ware betrifft, sodass davon auszugehen ist, dass es einem Vertragspartner möglich ist, eine sachliche und

³⁴ Offen bleibt die Frage, welches Entgelt verlangt werden könnte, damit es sich um eine gleichwertige Alternative handelt, und die Freiwilligkeit gewahrt bleibt. Soweit überschaubar gibt es dazu bislang weder eindeutige Judikatur noch Literatur.

³⁵ Vgl. *Schafft/Rouff*, CR 7/2006, 504.

³⁶ Vgl. *Schafft/Rouff*, CR 7/2006, 504.

³⁷ z B in WP 187 „zum Begriff der Einwilligung“, insbes. S 14 ff

³⁸ d.h. Erlass einer Entgeltzahlung, wenn in die Datenverwendung eingewilligt wird

vernünftige (Kauf)Entscheidung zu treffen und sich gegebenenfalls einem Geschäftsabschluss zu entziehen, weil er sich nicht ernsthaft *gezwungen* sehen kann, die Leistung – unter Inkaufnahme der Koppelung - zu vereinbaren;

- ob es weitere Fälle zulässiger Koppelung gibt, wird erst die künftige Judikatur erweisen; insbesondere wird auch zu klären sein, ob Freiwilligkeit durch gleichzeitiges Anbot einer entgeltlichen Leistung ohne zusätzliche Datenverwendung herbeigeführt werden kann.