



Ludwig Boltzmann Institut
Menschenrechte

NEUERUNGEN ZUR ZUSTIMMUNG (EINWILLIGUNG) NACH DER DS-GVO Debattenbeitrag zur Datenschutz-Grundverordnung

Version: 2.12.2016



Sonja Dürager / Waltraut Kotschy

Inhaltsverzeichnis

1. Die Definitionen der „Zustimmung“ („Einwilligung“) in der DS-RL und in der GVO.....	3
2. Neuerungen in der GVO	4
3. Gründe für die Klarstellungen in der GVO	8
4. Besondere Bedingungen für die Gültigkeit der Einwilligung eines Kindes	10

Neuerungen zur ZUSTIMMUNG (Einwilligung¹) nach der DS-GVO

(Version: 24.11.2016)

Maßgebliche Bestimmungen

ALT: in der RL 95/46²

Art. 2 lit. h

Art. 8

NEU: in der DSGVO³

Art. 4 Z 11

Art. 7

Art. 8

Art. 9

1. Die Definitionen der „Zustimmung“ („Einwilligung“) in der DS-RL und in der DSGVO

RL 95/46

Artikel 2
Begriffsbestimmungen

h) „Einwilligung der betroffenen Person“ jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.

DSGVO

Artikel 4
Begriffsbestimmungen

11. „Einwilligung der betroffenen Person“ 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;

Artikel 7

Bedingungen für die Einwilligung

(1) Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.
(2) Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in

¹ Die Autoren gehen davon aus, dass die bisherige österreichische Terminologie in ihrer alternativen Anwendbarkeit durch besondere österreichische Rechtsvorschrift aufrechterhalten wird. Die beiden Begriffe werden in den folgenden Ausführungen synonym verwendet.

² 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

³ 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)

verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.

(3) Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.

2. Neuerungen in der GVO

Die Definition der Einwilligung (Zustimmung) hat durch die GVO keine grundsätzlichen Änderungen erfahren, es wurden aber, insbesondere in Art. 7 GVO, Klarstellungen über die näheren Umstände der Erteilung einer gültigen Zustimmung vorgenommen.

2.1. Nach der Definition der „Einwilligung“ in Art. 4 Z 11 GVO ist eine datenschutzrechtlich gültige Einwilligung nach wie vor nur dann gegeben, wenn sie vom Betroffenen

- **freiwillig**,
- für einen **konkreten** Sachverhalt („den bestimmten Fall“) und
- nach ausreichender Information („in **informierter** Weise“)

abgegeben wurde (Art. 4 Z 11 GVO).

2.1.1. „Es sollte nur dann davon ausgegangen werden, dass der Betroffene seine Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn er eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“⁴ Gegen das Element der „Freiwilligkeit“ verstoßen z.B. Konstellationen, in welchen der Zustimmungende sich in einer Rolle der Abhängigkeit oder wirtschaftlichen Unterlegenheit gegenüber dem Verantwortlichen befindet.⁵ Zweifel an der Freiwilligkeit müssen aber auch immer dann entstehen, wenn Zustimmungsklauseln zur Datenverwendung zusammen mit anderen Klauseln einer gemeinsamen Zustimmungserklärung unterworfen werden, ohne dass der Betroffene unter den Klauseln auswählen kann. Diese Problematik stellt sich regelmäßig im Zusammenhang mit Verträgen in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBs), wenn der Betroffene spezielle Datenverwendungsklauseln – nach Willen des anderen Vertragspartners – nicht streichen kann.⁶

⁴ GVO Erwägungsgrund („EG“) 42, letzter Satz

⁵ So schon die Artikel-29 Gruppe in ihrem Gutachten 15/2011 (WP 187) „Zum Begriff der Einwilligung“ und nunmehr 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.“

⁶ Diese Problematik wird meist unter dem Schlagwort „Koppelungsverbot“ diskutiert und ist einem speziellen Beitrag im Rahmen der Diskussionsplattform des BIM zur GVO vorbehalten.

2.1.2. Der Gegenstand der Einwilligung muss so genau bestimmt sein, dass der Zweck und die Verhältnismäßigkeit jener Datenverarbeitung beurteilt werden kann, die der Einwilligung unterworfen wird. Es kommt somit wesentlich auf die Beschreibung der beabsichtigten Datenverwendung in der Information (siehe 2.1.3) an den Betroffenen an und auf die Formulierung einer etwaigen vorformulierten Einwilligungsklausel (siehe 2.3.1.).

2.1.3. Welche Angaben für eine ausreichende Information der betroffenen Person erforderlich sind, ergibt sich in der GVO aus den Artikeln 13 (Erhebung von Daten beim Betroffenen) und 14 (Erhebung von Daten über den Betroffenen bei Dritten). Die Information muss klarstellen, **wer** (Name und Kontaktdaten⁷) im Falle einer erteilten Zustimmung **welche Daten für welchen Zweck**⁸ und **welchen Zeitraum**⁹ **verarbeiten** und – falls anwendbar – an wen¹⁰ übermitteln **wird**. Wenn Daten bei Dritten erhoben werden sollen, muss auch die Quelle¹¹ offengelegt werden. Zusätzlich muss in jedem Fall auf die jederzeitige Widerrufbarkeit der Zustimmung hingewiesen werden sowie auf die Rechte des Betroffenen¹² gegenüber dem Auftraggeber der Datenverarbeitung und das Beschwerderecht an die Datenschutz-Aufsichtsstelle. Die GVO erfordert die Bereitstellung dieser Informationen aber jeweils nur insoweit als der Betroffene nicht bereits über die Informationen verfügt (Art. 13 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 5), was nach den Umständen des Falles zu beurteilen ist.

„Der Grundsatz der Transparenz setzt voraus, dass alle Informationen und Mitteilungen zur Verarbeitung ... (der) personenbezogenen Daten leicht zugänglich und verständlich und in klarer und einfacher Sprache abgefasst sind. Dieser Grundsatz betrifft insbesondere die Informationen über die Identität des Verantwortlichen und die Zwecke der Verarbeitung und sonstige Informationen, die eine faire und transparente Verarbeitung im Hinblick auf die betroffenen natürlichen Personen gewährleisten, sowie deren Recht, eine Bestätigung und Auskunft darüber zu erhalten, welche sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden. Natürliche Personen sollten über die Risiken, Vorschriften, Garantien und Rechte im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten informiert und darüber aufgeklärt werden, wie sie ihre diesbezüglichen Rechte geltend machen können.“¹³

Da die Fülle dieser Informationen oft auf dem zur Verfügung stehenden Raum nicht untergebracht werden kann, wird die Verteilung der Gesamtinformation auf verschiedene, durch Link verbundene Ebenen sinnvoll sein.¹⁴ Die Kerninformation darüber, wer welche Daten für welchen Zweck verarbeiten will, wird allerdings bereits aus der Erstinformation klar hervorgehen müssen.¹⁵

2.2. Was die Art und Weise der Abgabe einer Willenserklärung betrifft, die als „Einwilligung“ anerkannt wird, enthält die Definition der Einwilligung in Art. 4 Z 11 der GVO folgende neue Elemente:

⁷ Falls nach der GVO ein Datenschutzbeauftragter bestellt sein muss (vgl. die Art. 37 ff der GVO), sind auch dessen Kontaktdaten anzugeben.

⁸ Dies erfordert auch die Bekanntgabe, ob iSd Art. 22 der GVO automatisierte Entscheidungsfindung stattfindet oder die Bildung von Profilen der Betroffenen vorgesehen ist.

⁹ Dies betrifft die Speicherdauer bzw. die Kriterien, aus welchen sich diese im konkreten Fall ergibt.

¹⁰ Wenn sich der Empfänger der Daten im Drittland ohne angemessenen Datenschutz befindet, sind entsprechende Hinweise auf die vorgesehenen Schutz-Garantien zu geben.

¹¹ Art. 14 Abs. 2 (f) GVO; hierbei ist auch klarzustellen, ob es sich um eine öffentlich zugängliche Quelle handelt.

¹² Das sind die Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung bzw. Widerspruch sowie das Rechts auf Datenübertragbarkeit (soweit anwendbar).

¹³ EG 39 GVO

¹⁴ „layered privacy notices“ sind ein anerkanntes Mittel, um die unterschiedlichen Informationsbedürfnisse von Betroffenen zufriedenstellend zu bedienen: Von einer ersten, kurz gefassten quintessentiellen Information kann über Links jeweils auf ausführlichere Darstellungen der Verarbeitungsvorgänge zugegriffen werden.

¹⁵ Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter 2.3.1

2.2.1. Die Willenserklärung muss

- entweder **ausdrücklich** (explizit) erfolgen, d.h. durch die Erklärung, dass zugestimmt wird,
- **oder schlüssig** (konkludent) durch eine **aktive** Handlung, die nur so verstanden werden kann, dass der Betroffene mit der Verarbeitung seiner Daten einverstanden ist.

Das Anklicken einer Tickbox würde z.B. den Voraussetzungen für eine gültige Einwilligung genügen, da es sich um eine durch aktive Handlung bewirkte Willenserklärung handelt. Vorausgefüllte Tickboxes hingegen erzeugen keine gültige Zustimmung.

Was die „Ausdrücklichkeit“ einer Willenserklärung betrifft, stellt die Art. 29 Gruppe in WP 187 für die elektronische Kommunikation folgende Beurteilungskriterien auf: „In der Online-Umgebung kann eine ausdrückliche Einwilligung durch die Verwendung elektronischer oder digitaler Signaturen gegeben werden. Sie kann abhängig vom Zusammenhang aber auch durch anklickbare Schaltflächen, das Versenden einer bestätigenden E-Mail, das Anklicken von Icons usw. erteilt werden.“¹⁶ Dies zeigt, dass zwischen einer „ausdrücklichen“ und einer „schlüssigen“ Willenserklärung nicht scharf unterschieden wird, solange nur eine aktive Handlung vorliegt, die die Zustimmung zum Ausdruck bringt.

2.2.2. Es ist in Art. 4 Z 11 nunmehr *generell* festgehalten, dass eine Willenserklärung nur dann als Zustimmung gelten kann, wenn sie **unmissverständlich**, d.h. für die Empfänger der Willenserklärung eindeutig als einwilligend erkennbar ist.

2.3. Hinzu treten die „Bedingungen für die Einwilligung“ nach Art. 7 GVO:

2.3.1. Hinsichtlich einer „Einwilligung, die durch schriftliche Erklärung erfolgt“, legt Art. 7 Abs. 2 GVO fest, dass vorformulierte Klauseln, mit Hilfe derer die Einwilligung eingeholt wird,

- verständlich sowie
- in klarer und einfacher Sprache abgefasst, weiters
- in leicht zugänglicher Form vorliegen und
- von anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden sein müssen.

Die Klausel muss also so abgefasst sein, dass sie – bei Durchschnittsbetrachtung – nicht übersehen werden kann, weil sie „von anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden“ ist,¹⁷ dass ihr Inhalt nicht unklar ist, weil sie verständlich und in einfacher und klarer Sprache abgefasst ist, und nachprüfbar ist, weil sie in leicht zugänglicher Form auffindbar ist.

Zur Interpretation der Begriffe „klar“ und „verständlich“ im Zusammenhang mit vorformulierten Klauseln können Anhaltspunkte auch aus dem EU-Verbraucherrecht gewonnen werden, in dem diese Begriffe gleichermaßen verwendet werden.¹⁸ Demzufolge ist es nicht ausreichend, wenn Information ausschließlich in Form eines Links auf eine anderes Dokument (z.B. auf „Allgemeine Geschäftsbedingungen“) gegeben wird;¹⁹ die Information muss vielmehr so erteilt werden, dass sie vom Verbraucher *vor* Vertragsabschluss bei gehöriger Aufmerksamkeit in ihrem wesentlichen Inhalt unmittelbar wahrgenommen werden

¹⁶ WP 187 S 30 f

¹⁷ EG 42: „Insbesondere bei Abgabe einer schriftlichen Erklärung in anderer Sache sollten Garantien sicherstellen, dass die betroffene Person weiß, dass und in welchem Umfang sie ihre Einwilligung erteilt.“

¹⁸ Vgl. etwa die Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (FernabsatzRL). Obschon datenschutzrechtliche Regelungen keinen verbraucherrechtlichen sondern persönlichkeitschützenden Charakter haben, ist von einer ähnlichen Auslegung der Begriffe im datenschutzrechtlichen Kontext auszugehen: so etwa *Hanloser*, Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 11.11.2009, VIII ZR 12/08 – Happy Digits; so aber auch EG 42 zur GVO, der sich im vorliegenden Zusammenhang ausdrücklich auf die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen bezieht.

¹⁹ Vgl. *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht 52 Rz 125 (2014) mit Verweis auf 4 Ob 18/08p.

kann. Hierbei ist auf den durchschnittlichen Verbraucher abzustellen.²⁰ Auch nach § 6 Abs. 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Über das Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung von Klauseln, die Gegenstand einer Willenserklärung sind, sichergestellt werden. Inhalt und Tragweite vorformulierter Klauseln müssen daher für den Verbraucher durchschaubar sein,²¹ das schließt auch den Hinweis auf wesentliche Rechtsfolgen ein. Das Transparenzgebot beinhaltet neben dem Bestimmtheitsgebot auch ein Gebot der Differenzierung, der Richtigkeit und der Vollständigkeit.²² Klauseln, die für sich genommen durchaus klar und verständlich sind, kann daher die Sinnverständlichkeit fehlen, wenn damit in Verbindung stehende nachteilige Effekte deshalb nicht erkennbar sind, weil die einzelnen Elemente in verschiedenen Teilen zu finden und nur schwer miteinander in Verbindung zu bringen sind.²³

Eine wirksame Zustimmung zu einer vorformulierten Klausel über Datennutzung kann daher nur dann vorliegen, wenn ein (durchschnittlicher) Betroffener aufgrund der Formulierung wissen muss, von wem welche seiner Daten zu welchem Zwecke verarbeitet werden sollen,²⁴ und welche Rechtsfolgen aus der Einwilligung zu erwarten sind.

2.3.2. Wenn Art. 7 Abs. 2 GVO von einer „schriftlichen Erklärung“ der Einwilligung spricht, erhebt sich die Frage, ob „schriftlich“ mit „unterschriftlich“ gleichzusetzen ist.²⁵ Einem solchen Verständnis von „Schriftlichkeit“ würden elektronische Erklärungen, z.B. in Form von E-Mails oder SMS,²⁶ in aller Regel nicht entsprechen, da sie heute noch immer weitgehend ohne elektronische sichere Signatur abgegeben werden. In den Erwägungsgründen zur GVO ist nun davon die Rede, dass die Einwilligung entweder „in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung“, einzuholen ist.²⁷ Wenn die „Schriftlichkeit“ auf die elektronische Abgabe einer Erklärung ausgedehnt wird, liegt die Schlussfolgerung nahe, dass Schriftlichkeit nach Art. 7 der GVO nicht im Sinne von Unterschriftlichkeit, sondern vielmehr nur im Sinne von „Textform“ zu verstehen ist.²⁸ Eine „schriftliche Zustimmungserklärung“ muss demnach nicht eigenhändig unterschrieben sein, es muss allerdings die Identität der die Erklärung abgebenden Person feststehen. Das ergibt sich aus der österreichischen Judikatur zur Schriftlichkeit, wonach das Erfordernis der Schriftform gewährleisten soll, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können.²⁹

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass es auch für die „schriftliche Einwilligung“ zu einer Datenverarbeitung genügt, wenn die Einwilligung über eine Website oder im Zuge einer E-Mail so erklärt wird, dass der Inhalt der Erklärung in Textform reproduziert werden kann, und nachvollziehbar ist, wer die Erklärung abgegeben hat.³⁰

²⁰ Vgl. dazu bereits OGH 20.05.2008, 4 Ob 18/08p.

²¹ OGH 04.05.2006, 9 Ob 15/05d, RIS-Justiz [RS0115217](#).

²² RIS-Justiz [RS0115217](#); [RS0115219](#).

²³ OGH 13.09.2001, 6 Ob 16/01y.

²⁴ Std Rsp, zB auch OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t.

²⁵ So bedeutet „schriftlich“ etwa im Sinne des §886 ABGB, dass der Text der Erklärung auch mit der eigenhändigen Unterschrift des Erklärenden versehen sein muss.

²⁶ vgl. *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB, § 886 Rz 5.

²⁷ EG 32.

²⁸ So wird das beispielsweise auch im Zusammenhang mit Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 23 EUGVVO gesehen: Nach Abs. 1 lit a leg cit ist eine schriftliche Erklärung verlangt, der in Abs. 2 leg cit aber die elektronische Übermittlung der Erklärung, die eine dauerhafte Aufzeichnung ermöglicht, gleichgestellt wird

²⁹ OGH 9 ObA 96/07v.

³⁰ Die Authentizität einer Erklärung zu überprüfen, die etwa auf einer Website oder in einem E-Mail abgegeben wird, ist naturgemäß schwierig. Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich dabei um verkehrsübliche Abschlussformen im elektronischen Geschäftsverkehr handelt und auch unterschriebene Erklärungen nicht vor Fälschung geschützt sind. Wenn daher die Umstände einer Erklärung dafür sprechen, dass sie vom Betroffenen selbst stammt (z.B. E-Mail-Adresse ist ident mit der bekannt gegebenen), besteht kein

2.3.3. Die Einwilligung muss gemäß Art. 7 Abs. 1 GVO vom Auftraggeber **nachweisbar** sein, d.h. dass den Auftraggeber die Beweislast trifft, wenn er sich auf „Einwilligung“ als Rechtsgrundlage seiner Datenverarbeitung stützt.^{31 32}

2.4. In Art. 7 Abs. 3 GVO ist nunmehr ausdrücklich festgehalten, dass die Einwilligung **jederzeit** vom Erklärenden **widerrufen werden kann**, und zwar ohne Notwendigkeit, irgendwelche rechtfertigende Gründe anzugeben.³³ Über die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs muss der Betroffene in der Information über die Datenverwendung – bzw. im Informationsteil einer vorgefertigten Zustimmungsklausel – aufgeklärt werden. Diese Information muss auch klarstellen, wie und wo der Widerruf erhoben werden kann. Wird tatsächlich Widerspruch erhoben, bewirkt dies die Rechtswidrigkeit *künftiger* Datenverwendung, d.h. Rechtswidrigkeit der Verarbeitung der Daten des Widersprechenden ab dem Einlangen des Widerrufs beim Auftraggeber.

Eine besondere Qualität der Widerrufbarkeit muss gemäß Art. 7 Abs. 3 GVO insofern vorgekehrt sein, als der Widerruf der Einwilligung so einfach möglich sein muss wie die ursprüngliche Erteilung der Einwilligung. Fraglich ist, ob dieses Simplizitätsgebot auch dann eingehalten ist, wenn zwar die Einwilligung durch das Anklicken eines Kästchens erfolgt, der Widerruf aber z.B. nur durch ein E-Mail an den Websitebetreiber abgegeben werden kann, wie dies bislang in vielen Fällen gehandhabt wird.³⁴ Als Maßstab für die Verwirklichung des Simplizitätsgebots werden wohl die technischen Möglichkeiten und die Zumutbarkeit ihrer Einrichtung durch den Auftraggeber gelten müssen.

3. Gründe für die Klarstellungen in der GVO

Erst die Anwendungserfahrung hat deutlich gemacht, in welchen Punkten die knappe Definition der „Einwilligung“ in Art. 2 lit. h der RL 95/46 bedeutsame Fragen offen lässt. Die neuen Regelungen sollen diese Unklarheiten beseitigen.

3.1. Zunächst wurden einige unstrittige Punkte vollständigshalber in die Aufzählung der Kriterien einer gültigen Zustimmung aufgenommen, darunter die jederzeitige Widerrufbarkeit einer Zustimmung: Viele nationale Umsetzungen hatten dieses Kriterium ohnehin ausdrücklich erwähnt, da sich dies nach europäischer Zivilrechtstradition aus der Rechtsnatur einer einseitigen Willenserklärung in aller Regel ergibt. Auch dass derjenige, der sich auf ein Ereignis beruft, dessen Eintritt im Streitfall nachweisen muss, entspricht einer solchen Rechtstradition.

Dass Klauseln, mit welchen das Einverständnis eines anderen dokumentiert werden sollen, für diesen gut verständlich sein sollen und so dargeboten werden sollen, dass sie dem

vernünftiger Grund, weshalb eine solche Erklärung nicht als wirksam betrachtet werden sollte; andernfalls würden die Anforderungen an die Schriftlichkeit wohl überspannt.

³¹ EG 42: „Erfolgt die Verarbeitung mit Einwilligung der betroffenen Person, sollte der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu dem Verarbeitungsvorgang gegeben hat.“

³² Hiefür sind alle tauglichen Beweismittel zugelassen; in der Praxis wird freilich eine schriftlich abgegebene Zustimmung am ehesten beweisfähig sein.

³³ In der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Zustimmung liegt auch einer der wesentlichen Unterschiede zur Datenverwendung aufgrund eines Vertrages, den der Betroffene abschließt: Der Vertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft kann vom Betroffenen nicht jederzeit folgenlos widerrufen werden, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart wurde.

³⁴ Als gangbare Alternative schlägt Sonja Dürager vor, ähnlich dem „Unsubscribe-Button bei der Abbestellung des Newsletters“, im Zuge jeden Besuchs der Website oder bei sonstiger Kontaktaufnahme mit dem Unternehmer eine Tickbox zu integrieren, die durch Anklicken die Verarbeitung beendet.

anderen in ihrer Bedeutung bewusst werden, ist ebenfalls fester Bestandteil zivil- und insbesondere konsumentenrechtlicher Schutzvorschriften und insofern unbestritten.

3.2. Unklar war nach der Definition der RL 95/46 insbesondere, ob nach dem römisch-rechtlichen Grundsatz „quis tacet, consentire videtur“ auch Stillschweigen als datenschutzrechtliche Zustimmung gedeutet werden darf. Mit anderen Worten: Muss für eine gültige Einwilligung ein aktives Verhalten („opt-in“) vorliegen, das Zustimmung indiziert, oder genügt für die Annahme einer Einwilligung auch, dass jemand bloß keinen Widerspruch erhoben hat („opt-out“)?

Die Artikel 29 Gruppe hat sich in ihrem Gutachten 15/2011 (WP 187) „Zum Begriff der Einwilligung“ eingehend mit dieser Frage auseinandergesetzt. Sie argumentiert anhand des (englischen) Textes des Art. 2 lit.h der RL 95/46, wonach der Betroffene seinen Willen „bekunden“ („indicate his wishes“) und die Verarbeitung seiner Daten „akzeptieren“ muss („signify his agreement“): Diese Wortwahl deute doch auf die Notwendigkeit einer aktiven Handlung zum Ausdruck der Einwilligung hin; dies werde noch verstärkt durch die Formulierung des Art. 7 lit.a der RL 95/46, wonach eine Einwilligung „unmissverständlich“ gegeben worden sein muss, um wirksam zu sein.

Die neue Definition der Einwilligung in Art. 4 Z 11 der GVO trägt dieser Anschauung Rechnung, indem nunmehr ausdrücklich das Vorliegen einer „eindeutig bestätigenden *Handlung*“ verlangt wird, was die Deutung bloßer Untätigkeit als Zustimmung ausschließt. Mit der eindeutigen Klärung dieser Frage in der Definition der Zustimmung hat die Unterscheidung zwischen „ausdrücklicher“ und „(bloß) schlüssiger“ Zustimmung vor allem im Bereich der elektronischen Kommunikation an Bedeutung verloren: Wie in Pkt. 2.2.1. dargelegt, wird auch das bloße Anklicken einer Tickbox als ausdrückliche Zustimmung anzuerkennen sein, wenn diese aktive Handlung nur im unmittelbaren Zusammenhang mit einer (nebenstehenden) vorformulierten Zustimmungsklausel steht.

3.3. Das wichtigste Bündel von Unklarheiten bezog sich jedoch immer auf die Frage, ob es im Zusammenhang mit dem Abschluss von Verträgen Konstellationen gibt, in welchen konkludente Willenserklärungen typisch nicht als freie Willenserklärung anerkannt werden können. Insbesondere bei der für das Internetzeitalter so typischen Erlaubnis der Datensammlung als Gegenleistung für die (kostenlose) Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft werden derartige Probleme augenfällig.

Im Kommissionentwurf aus 2012 wurde zunächst generell die „Explizitheit“ der Zustimmung gefordert. Aus dem zugehörigen Text war allerdings zu entnehmen, dass damit doch nicht eine „Ausdrücklichkeit“ der Willenserklärung im zivilrechtlichen Sinn gemeint war, sondern dass eine „Zustimmung“ nur „durch Erklärung oder eine eindeutig bestätigende *Handlung*“ bewirkt werden sollte (damaliger Art. 4 Z 8). Diese vom eingeführten juristischen Sprachgebrauch abweichende Begriffsbildung für eine „explizite Willenserklärung“ wurde im Zuge der Verhandlungen im Rat – erfreulicherweise – wieder fallen gelassen, umso mehr als der gewünschte rechtliche Effekt, nämlich der Ausschluss einer gültigen Einwilligung *durch Verschweigung*, auch ohne Verwendung des Wortes „explizit“ unschwer zu erreichen war.

In seinem Änderungsvorschlag Nr. 8 zum Kommissionsentwurf hat das Europäische Parlament jedoch deutlicher gemacht, was sich eigentlich hinter dieser Formulierungsproblematik verbirgt. Das EP verlangte eine Klarstellung im (damaligen) Erwägungsgrund 25, wie folgt: „Stillschweigen, *bloße Inanspruchnahme eines Dienstes* oder Untätigkeit soll daher nicht als Einwilligung gelten.“ Was ausgeschlossen werden sollte, war also die Gültigkeit einer in einer bestimmten Situation konkludent abgegebenen Einwilligung durch Vertragsabschluss: Ein Dienst wird angeboten unter der Bedingung, dass (die für den Dienst erforderlichen oder auch andere) Daten für einen Dienst-fremden Zweck (insbes. Marketing)

verwendet werden dürfen; der Diensteanbieter betrachtet sich als hierzu ermächtigt, sobald der Betroffene den Dienst in Anspruch genommen hat, weil er dadurch seine konkludente Zustimmung zur Datenverwendung gegeben habe.

Auch die vom EP gewünschte Formulierung wurde im Zuge der weiteren Verhandlungen wieder fallengelassen und durch die folgende Formulierung im nunmehrigen Erwägungsgrund 32 ersetzt: „Stillschweigen, *bereits angekreuzte Kästchen* oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen“. Die Frage, ob das Akzeptieren von Vertragsbedingungen als (konkludente) Einwilligung gedeutet werden darf, wurde mithin hintangestellt und es wird in der Definition der Zustimmung nunmehr nur im Sinne der heute herrschenden Anschauung klargestellt, dass opt-out nicht als datenschutzrechtliche Zustimmung gelten kann (siehe oben unter 2.2.1.).

Die Frage, ob eine Zustimmung gültig auch gekoppelt an einen Vertrag abgegeben werden kann, behandelt die GVO in einer eigenen Bestimmung unter „Bedingungen für die Einwilligung“ in Art. 7. Dieser Fragenkomplex, der häufig unter dem Schlagwort „Koppelungsverbot“ abgehandelt wird, ist allerdings einem gesonderten Beitrag im Rahmen der BIM Debattenbeiträge zur GVO vorbehalten.

4. Besondere Bedingungen für die Gültigkeit der Einwilligung eines Kindes

Bislang kannte das österreichische Recht keine starre Regelung darüber, mit welchem Alter Kinder über ihre höchstpersönlichen Rechte und daher auch über ihr Recht auf Datenschutz verfügen können. Letztlich galt, dass derartige Einwilligungen keine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellen und daher für die Abgabe die Einsichtsfähigkeit genügt; der Betroffene muss nur in der Lage sein, nach seinen persönlichen Verhältnissen die Tragweite und die Konsequenzen der beabsichtigten Erklärung zu überblicken.³⁵ Soweit die Einsichtsfähigkeit fehlt, kann die Einwilligung zum Eingriff in höchstpersönliche Rechte allerdings auch nicht durch die Eltern wirksam ersetzt werden.³⁶

Die GVO enthält nunmehr ausdrückliche Regelungen über die Gültigkeit von Zustimmungserklärungen von Kindern und Jugendlichen:

4.1. Allgemeine Anforderungen nach Artikel 8 GVO

„Kinder verdienen bei ihren personenbezogenen Daten besonderen Schutz, da Kinder sich der betreffenden Risiken, Folgen und Garantien und ihrer Rechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten möglicherweise weniger bewusst sind.“³⁷ Dem trägt der völlig neue Artikel 8 GVO Rechnung, der die Gültigkeit der Zustimmung von Kindern und Jugendlichen unter 16 Jahren bei der Verarbeitung ihrer Daten betrifft: Wenn einem Kind ein Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft *direkt*³⁸ gemacht wird, ist die auf Zustimmung gegründete Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten nur dann rechtmäßig, wenn

- das Kind das sechzehnte Lebensjahr³⁹ vollendet hat, oder

³⁵ Vgl. *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht, Rz 3/147.

³⁶ Vgl. zB OGH 13.1.2016, 15 Os 176/15v, wonach der OGH entschieden hat, dass die fehlende Einwilligung einer Minderjährigen nicht durch eine Willenserklärung der Kindesmutter (die vor der im Medienverfahren gegenständlichen Veröffentlichung mit einer Journalistin über den ihre Tochter betreffenden Unfall gesprochen und ihr hierzu ein Interview gegeben hatte) substituiert werden kann.

³⁷ EG 38 zur GVO

³⁸ Siehe dazu ausführlicher unter 4.2

³⁹ Die Mitgliedstaaten können nach Art. 8 Abs. 1 GVO eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, die jedoch nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf.

- soweit es dieses noch nicht vollendet hat, wenn die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung erteilt wird.

Es ist daher vom verantwortlichen Websitebetreiber zum einen sicherzustellen, dass bei einem an Kinder gerichtete Angebot das Erreichen der Altersgrenze durch ein Altersverifikationssystem überprüft wird, und zum anderen Vorsorge zu treffen, dass Personen, welche Träger der elterlichen Verantwortung für ein noch nicht 16-jähriges Kind sind, ihre Einwilligung für das Kind erteilen können.

4.2. Pflichten des Verantwortlichen/Auftraggebers im Einzelnen

Die erhöhten Anforderungen an die Einwilligung gelten nur bei Datenverarbeitung im Zuge der Dienste der Informationsgesellschaft, was nach Art. 4 Z 25 GVO iVm der Richtlinie über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft⁴⁰ „in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistungen“ sind, wie z.B. App Käufe oder andere (mobile) Mehrwertdienste. Außerdem auch nur dann, wenn das Angebot dieser Dienste einem Kind **direkt** gemacht wird. Wenn sich daher das Angebot nicht direkt an Kinder richtet, wären die strengen Anforderungen nach Art. 8 nicht anwendbar. Ein „direktes Angebot“ kann nach seinem Wortlaut wohl nur dahin verstanden werden, dass das Angebot der Website nach seiner Aufmachung sichtbar an Kinder gerichtet ist und diese daher als die in erster Linie in Frage kommenden Nutzer angesprochen werden (z.B. Websites mit Kinderspielen oder Kindersendungen).

Zu bedenken ist im Übrigen, dass nicht nur technisch geeignete Anwendungen für die Altersverifikation des Kindes gefunden werden müssen, sondern vor allem auch Wege, um die Obsorgeberechtigung des allenfalls für das Kind Zustimmenden nachprüfen zu können; die Obsorgeberechtigung ist in den meisten EU-Mitgliedsstaaten kein öffentlich (elektronisch) zugängliches Datum. Die GVO normiert hierzu in Art. 8 Abs. 2 als Sorgfaltsmaßstab, dass der Verantwortliche unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik angemessene Anstrengungen zu unternehmen hat, um sich zu vergewissern, dass die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind erteilt wurde.

Nicht geregelt ist spezieller Schutz von Kindern gegenüber Verarbeitungen, die sich NICHT „direkt“ an Kinder wenden. Derartige Probleme stellten sich bislang im Zusammenhang mit jugendgefährdenden Inhalten und der Verpflichtung der Websitebetreiber sicherzustellen, dass Jugendliche von diesen Medien ausgeschlossen sind. Dass darüber hinaus spezielle Maßnahmen im Interesse des Datenschutzes von Kindern getroffen werden müssen bei Seiten, die sich nicht direkt an Kinder wenden, ist aus dem Text der GVO nicht abzuleiten.⁴¹

⁴⁰ Richtlinie (EU) 2015/1535, Art. 1 Z 1 lit.b

⁴¹ Für die online-Altersverifikation stünde in Österreich z.B. die Bürgerkarte zur Verfügung. Die allgemeine Anwendung solcher Systeme würde die Nutzung des Internet, die die Identifikation des Users in aller Regel nicht verlangt, maßgeblich verändern.