

DSGVO-konforme Einwilligungen

12. IT-Rechtstag

26.4.2018

Axel Anderl, Nino Tlapak

D O R D A

WIR SCHAFFEN KLARHEIT.

Agenda

- Einstieg – Einwilligung als *ultima ratio*
- Grundbegriffe nach Art 4, 6 und 7 DSGVO
- Freiwilligkeit – eine große Hürde?
- Inhaltliche Ausgestaltung
- Sonderfall: Marketingeinwilligung
- Sonderform: Besondere Kategorien von Daten
- Sonderform: Einwilligung eines Kindes (Art 8)
- Sonderform: Wissenschaftliche Forschung

Einstieg

Rechtfertigungsgründe für eine zulässige Verarbeitung

- Grundsätze (beinahe) unverändert
 - weiterhin auch Sonderbestimmungen für sensible Daten
- Einwilligung der betroffenen Person oder
- Verarbeitung erforderlich zur
 - vorvertraglichen Vorbereitung oder Vertragserfüllung
 - Erfüllung rechtlicher Verpflichtung des Verantwortlichen (EU und national)
 - Wahrung lebenswichtiger Interessen
 - Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben/Gewalt (EU und national)
 - Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen/Dritten ("*überwiegende berechtigte Interessen*")
- praktische Prüfung in umgekehrter Reihenfolge
 - Einwilligung nur als "*ultima ratio*"

Grundbegriffe

Definition der Einwilligung (Art 4 Z 11)

- Erklärung oder sonstige eindeutige bestätigende Handlung
 - keine Formvorschrift
 - nicht konkludent
 - bei elektronischer Einholung: klare und knappe Form
 - zB Clickbox, Kästchen, Auswahl technischer Einstellungen

- **DAHER:** Schweigen, vor-aktivierte Clickboxes oder sonstige Untätigkeit ungültig
 - Austausch Visitenkarten?

Grundbegriffe

Definition der Einwilligung

- Einwilligung muss nach Art 7 DSGVO
 - nachweisbar eingeholt werden
 - in verständlicher und leicht zugänglicher Form
 - in einer klaren und einfachen Sprache
 - von anderen Sachverhalten getrennt erfolgen

- Einwilligung muss insbesondere (vgl ErwG 32)
 - freiwillig
 - für den bestimmten Fall
 - in informierter Weise und
 - unmissverständlich erteilt werden

Grundbegriffe

Definition der Einwilligung

- Einwilligung jederzeit widerrufbar
 - Betroffener muss vor Abgabe der Einwilligung informiert werden

- Widerruf muss so einfach wie die Erteilung selbst sein
 - keine Formvorschrift für Widerruf möglich

- pro separatem Zweck ist eine separate Einwilligung erforderlich (ErwG 32)

Freiwilligkeit – eine große Hürde?

Rahmenbedingungen zur Freiwilligkeit

- **freiwillige Erklärung ohne Zwang**
 - echte/freie Wahl notwendig ohne Nachteile bei Verweigerung (ErwG 42)

- **Kopplung an Vertragsabschluss grds unzulässig**
 - bei Beurteilung der Freiwilligkeit im größtmöglichem Umfang beachten, ob Vertragserfüllung von Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig, die für Vertragserfüllung nicht erforderlich

- **kritisch: Einwilligung von Arbeitnehmern**
 - wirtschaftliche Abhängigkeit spricht grds gegen Freiwilligkeit
 - Schaffung echter Alternative erforderlich
 - Einwilligung von Führungskräften weniger kritisch

Freiwilligkeit – eine große Hürde?

Rahmenbedingungen zur Freiwilligkeit

- kritisch: Einwilligung an eine Behörde
 - klares Ungleichgewicht (ErwG 43)

- Praxistipps:
 - Verknüpfung mit Vorteilen (Grenze: Ernsthaftigkeit)
 - effizientere Reisekostenabwicklung für Arbeitnehmer
 - Goodies für Newsletterabonnenten
 - Wahl des richtigen Zeitpunkts
 - Einholung vor Ort bei einer Veranstaltung
 - bei erster Kontaktaufnahme durch den Interessenten
 - Anbot unpraktikabler Alternativen (Grenze: Zwang)
 - längere Abwicklungsdauer
 - kritisch, aber argumentierbar: kostenpflichtige Nutzung von Services

Freiwilligkeit – eine große Hürde?

Offene Punkte

- keine Klärung, ob bestehende Einwilligungen weiterhin gültig bleiben
 - bisher über AGB eingeholte Einwilligungen weiterhin gültig oder neuerliche Einholung erforderlich?
 - Ja, wenn "*Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen dieser Verordnung entspricht*" (ErwG 171)
 - zu Deutschland vergleichbare Klarstellung wünschenswert
 - bisher rechtswirksam erteilte Einwilligungen grundsätzlich weiterhin gültig

- Verhältnis zu § 10 AVRAG Zustimmungen ungeklärt
 - arbeitsrechtliche Zustimmung hinterfragt Freiwilligkeit nicht
 - Kombination mit datenschutzrechtlicher Einwilligung möglich?

Inhaltliche Ausgestaltung

Wesentliche Inhalte der Einwilligungserklärung

- Einwilligungserklärung muss enthalten:
 - Name/Adresse des Verantwortlichen
 - die verwendeten Datenarten
 - je nach Kritikalität demonstrativ oder taxativ
 - detaillierte Zweckangabe
 - massig Rechtsprechung des VwGH und OGH
 - verkürzte Beschreibung meist intransparent (Verbraucherfokus)
 - Name/Adresse etwaiger Empfänger
 - kein bloßer Verweis auf Konzerngesellschaften oder Partner
 - taxative Auflistung oder Link zu Organigramm
 - Übermittlungszweck
 - detaillierte Unterscheidung, wer welche Daten wozu erhalten soll
 - Hinweis auf jederzeitige, kostenlose, unkomplizierte Widerrufbarkeit
 - Link zu weiterführenden Datenschutzhinweisen

Inhaltliche Ausgestaltung

Informationspflichten nach Art 13 DSGVO

- Name/Kontaktdaten Verantwortlicher und Datenschutzbeauftragter
- Zwecke und Rechtsgrundlage der Verarbeitung
- Empfänger oder Kategorien von Empfängern
- Angaben zu Übermittlungen in Drittland
- Speicherdauer oder Kriterien deren Festlegung
- Belehrung über Recht auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung, Widerspruch und Datenübertragbarkeit
- Belehrung über jederzeitige Widerrufsmöglichkeit einer Einwilligung
- Beschwerdemöglichkeiten bei Aufsichtsbehörde
- ob Bereitstellung der Daten gesetzlich/vertraglich vorgeschrieben oder für Vertragsabschluss erforderlich bzw ob Betroffener verpflichtet ist, Daten bereitzustellen
- bei automatisierten Einzelentscheidungen und Profiling

BEACHTEN: erneute Information bei jeglichem Wechsel des Zwecks

Inhaltliche Ausgestaltung

Musterbeispiel

Anmeldung für den Lidl-Newsletter

Ja, ich möchte den Newsletter der Lidl Digital International GmbH & Co. KG mit auf mich zugeschnittenen Informationen über [Produkte und Aktionen](#) der Lidl-Partnerunternehmen abonnieren:

E-Mail-Adresse

Zum Newsletter anmelden

Mit meiner Anmeldung zu dem personalisierten Newsletter **willige ich ein**, dass [personalisierte Nutzungsprofile](#) erstellt werden, um die werbliche Ansprache und Webangebote besser auf meine persönlichen Interessen auszurichten.

Diese Einwilligung können Sie jederzeit, z.B. [hier](#) oder am Ende jedes Newsletters, widerrufen, was zu einer Löschung der erhobenen Nutzerdaten führt.

Weitere Informationen finden Sie in unseren [Datenschutzbestimmungen](#).

Sonderform: Marketingeinwilligung

Rechtliche Rahmenbedingungen

- aktuelle Regelung in § 107 TKG verbietet elektronische Nachricht
 - zur Direktwerbung; **oder**
 - als Massenmails (mehr als 50 Empfänger – unabhängig von Inhalt)
- Zusendung daher nur mit Vorab-Zustimmung erlaubt
- Ausnahme bei Soft-Opt-In
 - Kontaktdaten im Rahmen Dienstleistung bzw Warenverkauf erhalten wurden (bestehende Geschäftsbeziehung)
 - **Kunde hat bei Erhebung klare/deutliche Ablehnungsmöglichkeit**
 - Kunde kann zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos weitere Direktwerbung ablehnen
 - Kunde nicht von vornherein Zusendung abgelehnt (insbesondere durch Eintragung in die § 7 Abs 2 ECG-Liste bei der RTR)
- Anrufe oder Fax erfordern immer Vorab-Zustimmung
- System nach EPVO (nahezu) identisch

Sonderform: Marketingeinwilligung

Fallstricke in der Praxis

- bloße Angabe einer Kontaktadresse (zB bei Kauf, Registrierung etc) ist keine deutliche Ablehnungsmöglichkeit
 - Übergabe Visitenkarte daher rechtlich nicht ausreichend

- ebenfalls keine Einwilligung:
 - "*Social-Media-Freundschaft*"
 - Klick auf den "*Like*"-Button
 - "*Tell-a-Friend*"-Funktion (BGH, 12.9.2013, I ZR 208/12)

Sonderform: Besondere Kategorien von Daten

Verwendung von sensiblen Daten

- **Eingeschränkte Rechtfertigungsgründe des Art 9 DSGVO**
 - insbesondere keine berechtigten Interessen und keine Vertragserfüllung
 - bei fehlender gesetzlicher Basis idR Einwilligung erforderlich

- **Einwilligung kann in Sonderfällen an Vertragsabschluss gekoppelt werden**
 - Argumentation: Sowohl Daten als auch Einwilligung für Vertragserfüllung erforderlich

- **sonst: Beachtung des Kopplungsverbots**
 - Praxisbeispiel: Zutrittskontrolle via Fingerprint
 - neue Kategorien: genetische und biometrische Daten
 - gültige Einwilligung des Arbeitnehmers nur bei echter Alternative

Sonderform: Einwilligung eines Kindes (Art 8)

Rahmenbedingungen bei Einwilligungen von Kindern

- Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft direkt an Kinder

- Einwilligung gültig ab dem 16. Lebensjahr
 - davor Einwilligung durch Träger der elterlichen Verantwortung
 - Ausnahme: bei Präventions- oder Beratungsdiensten, die unmittelbar einem Kind angeboten werden (ErwG 38)

- Öffnungsklausel zur Senkung bis zum 13. Lebensjahr (Art 8 Abs 1)
 - § 4 Abs 4 DSGVO 2018: auf **14 Jahre** gesenkt
 - praxisnahe Bestimmung
 - Altersgrenze für mündige Minderjährige
 - Affinität der Jugend zu Apps und sozialen Medien

Sonderform: Einwilligung eines Kindes (Art 8)

Rahmenbedingungen bei Einwilligungen von Kindern

- Informationen so zu gestalten, dass für Kinder verständlich
 - besonders klare und einfache Sprache (ErwG 58)

- erhöhte Reichweite des Rechts auf Vergessenwerden
 - Betroffener hat Einwilligung im Kindesalter erteilt
 - Gefahr in Kindesalter nicht in vollem Umfang absehbar
 - Lösungsrecht als Erwachsener, vor allem wenn Daten im Internet

- sinnvolle Nachforschung erforderlich
 - DSGVO fordert "*angemessene Anstrengungen zur Vergewisserung*"
 - unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik
 - Verhaltensregeln nach Art 40 Abs 2 lit g zur Präzisierung möglich

Sonderform: Wissenschaftliche Forschung

Öffnung (noch) nicht final geklärt

- Einwilligung im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung
 - Zweckangabe bei Datenerhebung oft nicht vollständig möglich (ErwG 33)
 - Zweck der Forschung kann vor allem bei langjährigen Studien variieren
 - Einwilligung daher für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung
 - Problem: Bestimmtheit der Zweckangabe

- Öffnung durch WFDSAG 2018 geplant
 - keine konkrete Angabe eines Zweckes
 - stattdessen Angabe eines oder mehrerer Forschungsgebiete
 - parallel Einschränkung der Widerrufsmöglichkeit

- sichert den Forschungsstandort Österreich

Ansprechpartner



Dr Axel Anderl, LL.M.

- Managing-Partner bei DORDA
- Absolvent der Universität Wien (Dr iur 2005) und des Universitätslehrgangs für Informationsrecht und Rechtsinformation der Universität Wien(IT-Law) (LL.M. 2001)
- Fachliche Schwerpunkte: IT-Recht, insb E-Commerce, Datenschutzrecht, Urheber-, Medien- und Wettbewerbsrecht
- ILO Clients Choice Award für E-Commerce 2012 und 2013
- ILO Clients Choice Award für Information Technology 2014, 2015, 2016, 2017 und 2018
- Empfohlen als führender Anwalt in IT-Recht im renommierten internationalen Handbuch "Chambers Europe", "Legal 500" und "International Law Office"; Legal500 Hall of Fame für TMT
- Autor zahlreicher Fachpublikationen in den Bereichen IT-, Urheber- und Medienrecht
- Vortragender Donau Universität Krems ("Datenschutz und Privacy"), Universität Wien IT Recht Lehrgang.
- Co-Chair Technology Sourcing Committee von ITechLaw

Ansprechpartner



Mag Nino Tlapak, LL.M.

- Rechtsanwalt bei DORDA
- Universität Wien, Mag iur 2012
- Universität Wien, Universitätslehrgang Medien- und Informationsrecht, LL.M. (IT-Law) 2013
- Fachliche Schwerpunkte: Datenschutzrecht, IT-Recht, E-Commerce, Outsourcing, Urheber- und Medienrecht
- Autor von Fachpublikationen im Bereich Datenschutz und E-Commerce
- Vortragender für E-Commerce Recht und Social Media bei der Werbe Akademie des WIFI Wien
- Vortragender für Datenschutzrecht bei den Master-Lehrgängen "Digital Business" an der FH Technikum Wien sowie "Technisches Management" an der FH Campus Wien
- Vortragender bei der Donau Universität Krems im Rahmen des zertifizierten Lehrgangs "Datenschutz und Privacy"
- Mitglied der Interessensgemeinschaften "www.it-law.at" und "Privacyofficers.at"

Kontakt

Dr Axel Anderl, LL.M

T: +43 1 533 47 95 – 23

E: axel.anderl@dorda.at

Mag Nino Tlapak, LL.M

T: +43 1 533 47 95 – 23

E: nino.tlapak@dorda.at



DORDA Rechtsanwälte GmbH · Universitätsring 10 · 1010 Wien

International Law Office - Information Technology Award for Austria 2014, 2015, 2016, 2017 & 2018

International Law Office - E-Commerce Award for Austria 2012 & 2013

JUVE - Austrian Law Firm of the Year 2017