

Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Einwilligung

Verfasserin: Yvonne Ghali | Praxiswissen | Fachbeitrag

Themenübersicht

- Ad 1) Durch eine eindeutige bestätigende Handlung
- Ad 2) In Kenntnis der Sachlage
- Ad 3) Freiwilligkeit
- Ad 4) Unter Kenntnis der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Einwilligung

Für das Vorliegen und die Gültigkeit einer Einwilligung der betroffenen Person muss diese

1. **durch eine bestätigende Handlung,**
2. **in Kenntnis der Sachlage,**
 - wer der Verantwortliche ist und
 - für welche Zwecke die personenbezogenen Daten verarbeitet werden,
3. **freiwillig**
4. **unter Kenntnis der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Einwilligung**

erfolgen.

Die Einwilligung stellt eine mögliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dar. Wesentliche Voraussetzungen einer Einwilligung ist ein ausreichender Grad an Informiertheit der betroffenen Person (vgl. ErwGr 32 erster Satz DSGVO) und ausreichende Garantien zum Schutz der Rechte und Freiheiten einer betroffenen Person (vgl. Art 24 Abs 1 DSGVO) (Datenschutzbehörde vom 23.07.2019, DSB-D123.822/0005-DSB/2019).

In Abweichungen zu Verpflichtungen, die den Verantwortlichen aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen zu erfüllen hat, kann die betroffene Person jedoch nicht „einwilligen“. Solche Verpflichtungen sind nicht disponibel.

Die Einwilligung muss vor Beginn der Datenverarbeitung vorliegen. Dadurch gibt es keine „schwebende Unwirksamkeit“ der Datenverarbeitung, die durch eine nachträglich erteilte Einwilligung geheilt werden könnte.

Art 7 DSGVO normiert Voraussetzungen, die einen Rechtfertigungsgrund für die Verarbeitung personenbezogener Daten bilden können, es **lässt sich aus Art 7 DSGVO jedoch kein subjektives Recht der betroffenen Person ableiten** (vgl. Datenschutzbehörde vom 02.01.2019, DSB-D123.627/0003-DSB/2018).

Entsprechend EG 171 ist es nicht erforderlich, dass eine betroffene Person erneut ihre Einwilligung zu einer Verarbeitung erteilt, für die sie diese bereits vor Inkrafttreten der DSGVO erteilt hat, wenn die Art der erteilten Einwilligung den Bedingungen der DSGVO entspricht. **Vor Inkrafttreten der DSGVO erteilte Einwilligungen gelten somit weiter und müssen nicht erneuert werden.**

Die **Beweislast** dafür, dass die betroffene Person eine Einwilligung erteilt hat, trifft gem Art 7 Abs 1 DSGVO den Verantwortlichen. Es obliegt dem für die Verarbeitung von Daten Verantwortlichen, nachzuweisen, dass die betroffene Person ihre Einwilligung in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch aktives Verhalten bekundet hat und dass sie vorher eine Information über alle Umstände im Zusammenhang mit dieser Verarbeitung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache erhalten hat, die sie in die Lage versetzt, die Konsequenzen der Einwilligung leicht zu ermitteln, so dass gewährleistet ist, dass die Einwilligung in voller Kenntnis der Sachlage erteilt wird (EuGH vom 11. November 2020, Orange Romania, C-61/19).

Zu beachten sind ferner **besondere gesetzliche Regelungen zur Einwilligung**, wie beispielsweise die besonderen Voraussetzungen zur Einwilligung zur elektronischen Datenermittlung von Behörden gem § 17 Abs 2 E-Government-Gesetz (E-GovG) oder das absolute Verbot der Einwilligung gem § 67 Gentechnikgesetz (GTG).

Ad 1) Durch eine eindeutige bestätigende Handlung

Die bestätigende Handlung kann eine **schriftliche oder mündliche Erklärung** sein **oder auch elektronisch** erfolgen, etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite. Erfolgt die Einwilligung auf elektronischem Weg, muss die Aufforderung in klarer und knapper Form und ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes, für den die Einwilligung gegeben wird, erfolgen.

Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person stellen keine Einwilligung dar. Ein Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten, der die Klausel enthält, dass die betroffene Person über die Sammlung und die Aufbewahrung einer Kopie ihres Ausweisdokuments mit Identifikationsfunktion informiert worden ist und darin eingewilligt hat, ist nicht als Nachweis dafür geeignet, dass diese Person ihre Einwilligung in die Sammlung und Aufbewahrung dieser Dokumente im Sinne dieser Bestimmungen gültig erteilt hat, wenn das Kästchen, das sich auf diese Klausel bezieht, von dem für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen vor Unterzeichnung dieses Vertrags angekreuzt worden ist (EuGH vom 11. November 2020, Orange Romania, C-61/19).

Die Erteilung der Einwilligung setzt eine **eindeutige Handlung** voraus, es muss sich daher um eine Einholung im Wege des sog **Opt-in** handeln. Die betroffene Person muss ihre Einwilligung in die Verarbeitung ihrer Daten aktiv erklären. Die Einholung der Einwilligung im Wege des sog **Opt-out**, bei der die betroffene Person, wenn beispielsweise lediglich darauf hingewiesen wird, dass sie die Einwilligung erteilt und diese widerrufen kann oder in der diese eine Einwilligung auskreuzen, ausklicken oder durchstreichen muss, ist nicht zulässig. Diese Rechtsansicht hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 1.10.2019 (C-673/17, Planet 49) abermals bestätigt. Eine Einwilligung der betroffenen Person muss „ohne jeden Zweifel“ erteilt worden sein, dieses Erfordernis für die Gültigkeit der Einwilligung deutet auf ein aktives und nicht auf ein passives Verhalten hin. Eine Einwilligung, die durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen erteilt wird, impliziert aber kein aktives Verhalten des Nutzers einer Website. Es ist praktisch unmöglich in objektiver Weise zu klären, ob der Nutzer einer Website dadurch, dass er ein voreingestelltes Ankreuzkästchen nicht abgewählt hat, tatsächlich seine Einwilligung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten gegeben hat, unklar bleibt auch, ob diese Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erteilt wurde. Eine auf diese Art und Weise eingeholte „Einwilligung“ ist nicht rechtsgültig, somit ist auch keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung vorhanden.

Unter dem „**Double-Opt-in-Verfahren**“ wird die Einholung der Einwilligung einer betroffenen Person in einem zweistufigen System verstanden, das eine Anmeldung zum Bezug elektronischer Informationen etwa auf der Webseite des Anbieters vorsieht. In einem ersten Schritt wird eine individuelle Nachricht an eine angegebene Mailadresse oder einen angegebenen Telefonanschluss übermittelt, wonach für diese Adresse bzw diesen Anschluss eine Anmeldung erfolgt ist. Erst nach einer auf dieses (individuelle) Mail bzw die Kurznachricht gegebenen – die Anmeldung bestätigenden Antwort oder vergleichbaren – Reaktion (zB Anklicken eines Links) erfolgt die tatsächliche Anmeldung (vgl Datenschutzbehörde vom 9.10.2019, DSB-D130.073/0008-DSB/2019; VwGH vom 26. Juni 2013, ZI 2012/03/0089 mwN). Wartet der Verantwortliche den zweiten Schritt des Double-Opt-In nicht ab und verarbeitet er die personenbezogenen Daten bereits zu einem früheren Zeitpunkt, so kann er gegebenenfalls nicht das Vorliegen einer gültigen Einwilligung nachweisen.

Der **Verantwortliche muss nachweisen können**, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.

Vormulierte Einwilligungserklärungen, die ein Verantwortlicher zur Verfügung stellt, müssen in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache verfasst sein und dürfen keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen [ABI L 95 vom 21.4.1993]).

Einwilligungserklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) müssen von den anderen in den AGB geregelten Sachverhalten klar zu unterscheiden sein. Dies kann durch Fettdruck der Einwilligungserklärung sowie durch eine eigene Textpassage mit einem Kästchen, das die betroffene Person gesondert ankreuzen muss, erfolgen.

Ad 2) In Kenntnis der Sachlage

Damit die betroffene Person in **Kenntnis der Sachlage** ihre Einwilligung geben kann, muss die Einwilligung Informationen darüber beinhalten, **wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden** sollen.

Die Einwilligung muss sich auf den **Zweck der Datenverarbeitung** beziehen und für den konkreten Fall erfolgen. Eine pauschale Einwilligung ohne genaue Festlegung des Zwecks ist nicht rechtmäßig. Dient die Verarbeitung **mehreren Zwecken**, muss für alle diese Zwecke die Einwilligung gegeben werden. **Vorsorgliche Einwilligungen** oder sog **Blanketteinwilligungen** mit unbestimmtem Zweck sind somit unwirksam.

Eine wirksame Einwilligung liegt nur vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Diesem Erfordernis wird eine Vertragsbestimmung nicht gerecht, die als Empfänger „eine zentrale Evidenzstelle und/oder Gemeinschaftseinrichtungen von Kreditunternehmungen“ nennt (vgl RS0115216).

Die **Platzierung einer Einwilligungserklärung** zu einer Datenverarbeitung für Marketingzwecke direkt über der **Unterschrift**, welche eine Anmeldung zu einer Vereinsmitgliedschaft bestätigt, erweckt den irrigen Eindruck, die Einwilligung sei für die Anmeldung zur Mitgliedschaft erforderlich und suggeriert, lediglich bestimmen zu können, durch welches Medium (Post, elektronischen Übermittlungsweg oder Telefon) Marketing-Zusendungen erhalten werden. Eine Einwilligung erfolgt jedoch nur dann freiwillig, wenn die betroffene Person frei entscheiden kann, ob und in welcher Form sie der Datenverarbeitung zustimmt. Eine in dieser Form vorformulierte Einwilligungserklärung widerspricht sowohl dem Kriterium der Freiwilligkeit als auch jenem der Verständlichkeit. Es liegt damit keine DSGVO-konforme Einwilligung nach Art 7 iVm Art 4 Z 11 DSGVO vor (Bescheid der Datenschutzbehörde vom 31.07.2018, DSB-D213.642/0002-DSB/2018).

Kann der Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der **wissenschaftlichen Forschung** zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten nicht vollständig angegeben werden, ist es betroffenen Personen erlaubt, ihre **Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung** zu geben. Diese wissenschaftliche Forschung muss unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschehen. Die betroffenen Personen sollten Gelegenheit erhalten, ihre Einwilligung nur für bestimmte Forschungsbereiche oder Teile von Forschungsprojekten in dem vom verfolgten Zweck zugelassenen Maße zu erteilen.

Ad 3) Freiwilligkeit

Gem Art 7 DSGVO und unter Berücksichtigung von Art 4 Z 11 DSGVO und Erwägungsgrund 43 muss eine Einwilligung freiwillig erfolgen und darf nicht an die Erfüllung eines Vertrages gekoppelt sein, obwohl die Einwilligung zur Erfüllung dieses Vertrags nicht erforderlich ist. An die Beurteilung der „Freiwilligkeit“ der Einwilligung sind strenge Anforderungen zu stellen (OGH vom 31.08.2018, 6 Ob 140/18h).

Unfreiwillig ist eine Einwilligung dann, wenn bei Nichtabgabe der Einwilligung ein Nachteil zu erwarten ist.

Die betroffene Person muss eine echte oder freie Wahl haben und in der Lage sein, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. In der Praxis wird „freiwillig“ daher **„mit tatsächlichen Alternativen“** ausgelegt werden. An die Beurteilung der „Freiwilligkeit“ der Einwilligung sind strenge Anforderungen zu stellen (vgl OGH vom 31.08.2018, 6 Ob 140/18h).

Freiwilligkeit liegt nicht vor, wenn das Risiko einer Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtlicher negativer Folgen besteht. Der Verantwortliche muss nachweisen, dass es möglich ist, die Einwilligung zu verweigern oder zu widerrufen, ohne Nachteile zu erleiden (vgl Art 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259; vgl auch Erwägungsgrund 42 DSGVO).

Ein Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten, der die Klausel enthält, dass die betroffene Person über die Sammlung und die Aufbewahrung einer Kopie ihres Ausweisdokuments mit Identifikationsfunktion informiert worden ist und darin eingewilligt hat, ist nicht als Nachweis dafür geeignet, dass diese Person ihre Einwilligung in die Sammlung und Aufbewahrung dieser Dokumente im Sinne dieser Bestimmungen gültig erteilt hat, wenn die Vertragsbestimmungen dieses Vertrags die betroffene Person über die Möglichkeit, den Vertrag abzuschließen, auch wenn sie sich weigert, in die Verarbeitung ihrer Daten einzuwilligen, irreführen kann oder wenn die freie Entscheidung, sich dieser Sammlung und Aufbewahrung zu widersetzen, von diesem Verantwortlichen ungebührlich beeinträchtigt wird, indem verlangt wird, dass die betroffene Person zur Verweigerung ihrer Einwilligung ein zusätzliches Formular unterzeichnet, in dem diese Weigerung zum Ausdruck kommt (EuGH vom 11. November 2020, Orange Romania, C-61/19).

Bietet ein Verantwortlicher eines Online-Dienstleistungsangebots den betroffenen Personen an, die Dienstleistung kostenfrei zu nutzen, wenn sie in Setzung von **Marketing-Cookies** einwilligen oder die Dienstleistung kostenpflichtig zu abonnieren, so ist in Bezug auf die Freiwilligkeit der Einwilligung zu prüfen, ob den betroffenen Personen eine tatsächliche Alternative zur Verfügung steht. Diesbezüglich ist relevant, ob das alternativ angebotene Abonnement unverhältnismäßig teuer ist, sodass es tatsächlich nicht in Betracht kommen würde, und/oder ob die potentiell betroffenen Personen die Dienstleistung alternativ von anderen Anbietern beschaffen können. Stehen den betroffenen Personen im Ergebnis tatsächliche Alternativen in Form der Bezahlung eines Online-Dienstleistungsangebots (ohne Marketing-Cookies und Werbung) oder Bezug der Dienstleistung bei anderen Anbietern zur Verfügung, ist die erteilte Einwilligung als freiwillig zu betrachten und es liegt keine unzulässige Koppelung vor (Datenschutzbehörde vom 30.11.2018, DSB-D122.931/0003-DSB/2018).

Eine Einwilligung ist nur dann freiwillig, wenn die betroffene Person frei entscheiden kann, ob und in welcher Form sie einer Datenverarbeitung zustimmt. **Suggestiert eine vorformulierte Einwilligung, lediglich bestimmen zu können, durch welches Medium (Post, elektronischen Übermittlungsweg oder Telefon) Marketing-Zusendungen erhalten werden können, widerspricht dies sowohl dem Kriterium der Freiwilligkeit** als auch jenem der Verständlichkeit, welche für eine DSGVO-konforme Einwilligung nach Art 7 iVm Art 4 Z 11 DSGVO jedoch essenziell sind (Bescheid der Datenschutzbehörde vom 31.07.2018, DSB-D213.642/0002-DSB/2018).

Koppelungsverbot

Bei der Beurteilung, ob eine 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. Wird der **Vertragsabschluss** an die Zustimmung zur Datenverarbeitung gekoppelt, die Daten oder Umstände betrifft, die nicht für die Erfüllung des Vertrages notwendig sind, so handelt es sich dabei um einen Verstoß gegen das Freiwilligkeitsgebot. Auch der OGH hat mehrfach ausgesprochen (RS0132251), dass bei der Koppelung einer Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsabschluss grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen.

Die Einwilligung gilt auch nicht als freiwillig erteilt, wenn zu **verschiedenen Verarbeitungsvorgängen** nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist.

Einer betroffenen Person muss daher die Möglichkeit gegeben werden, einen angestrebten Vertrag auch ohne die Abgabe einer zusätzlichen datenschutzrechtlichen Einwilligung einzugehen. Die zusätzliche Einwilligung ist in Form einer sog „Opt-in“-Lösung einzuholen, beispielsweise durch Gestaltung von AGBs, bei der die erforderliche Einwilligung elektronisch gesondert anzuklicken ist.

Das Koppelungsverbot hat besondere Auswirkungen auf **Einwilligungen in AGB** (Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Im Rahmen seiner Entscheidung vom 31.08.2018, 6 Ob 140/18h, prüfte der Oberste Gerichtshof (OGH) die AGB eines Unternehmens, in welchen eine **Klausel** enthalten war, in der der Kunde zustimmte, dass er Informationen über das Produktportfolio des Unternehmens per Post, E-Mail, Telefon, SMS, Fax oder über soziale Netzwerke erhält, sowie dass seine Daten an ein konkret bezeichnetes verbundenes Unternehmen übermittelt werden. In einer weiteren Klausel stimmte der Kunde durch Annahme der AGB zu, **Werbung** von konkret angeführten Kooperationspartnern des Unternehmens zu erhalten. In beiden Zustimmungsklauseln wurde der Kunde auf sein Widerrufsrecht hingewiesen. Der OGH weist darauf hin, dass an die Beurteilung der „Freiwilligkeit“ der Einwilligung strenge Anforderungen zu stellen sind und stellte fest, dass die oben angeführten Klauseln (sowohl nach alten als auch nach neuem Recht) unzulässig sind, da sie gegen Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 4 Z 11 iVm Art 7 Abs 4 DSGVO verstoßen. **Eine Zustimmung zu AGB (und damit zu den in den AGB enthaltenen Einwilligungsklauseln) reicht nicht aus, es ist eine gesonderte Unterzeichnung notwendig.** Die Einbindung von datenschutzrechtlichen Einwilligungen in AGB führt daher dazu, dass keine Einwilligung vorliegt. In dieser Entscheidung hatte der Oberste Gerichtshof (OGH), als letzte Instanz, die Rechtsgültigkeit der Einwilligung einer Parallelprüfung sowohl nach neuer Rechtslage (DSGVO) als auch nach alter Rechtslage (DSG 2000) zu unterziehen, da während des laufenden Verfahrens die DSGVO in Kraft getreten war. Ein Verbot der Koppelung durch den OGH ist jedoch nur möglich, wenn das beanstandete Verhalten auch nach neuer Rechtslage unzulässig ist, da andernfalls eine Wiederholungsgefahr entfallen würde. Die Prüfung nach alter Rechtslage (DSG 2000) ist zum anderen erheblich, um zu beurteilen, ob das Verhalten zum Zeitpunkt als es gesetzt wurde, untersagt war. Andernfalls würde kein Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht vorliegen.

Handelt es sich beim Verantwortlichen um eine **Behörde** und ist es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich, dass eine Einwilligung freiwillig gegeben wird, kann eine Einwilligung keine gültige Rechtsgrundlage liefern.

Ad 4) Unter Kenntnis der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Einwilligung

Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen (Art 7 Abs 3 DSGVO). Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person muss vor Abgabe der Einwilligung von ihrer Widerrufbarkeit in Kenntnis gesetzt werden. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.

Erfolgt die **Einwilligung** der betroffenen Person **durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft**, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Es muss sichergestellt sein, dass die betroffene Person weiß, dass und in welchem Umfang sie ihre Einwilligung zur Datenverarbeitung erteilt. Teile der Einwilligungserklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen die DSGVO darstellen.

Für **automatisierte Einzelentscheidungen und/oder Profiling**, die rechtliche Wirkungen gegenüber einer betroffenen Person entfalten oder eine betroffene Person in sonstiger Weise erheblich beeinträchtigen, benötigt der Verantwortliche gem Art 22 DSGVO für die Zulässigkeit dieser Datenverarbeitung die Einwilligung der betroffenen Person, außer diese Datenverarbeitung ist für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrages oder aufgrund einer sonstigen nationalen oder unionsrechtlichen Rechtsvorschrift zulässig (Näheres siehe unter „Automatisierte Einzelentscheidungen und Profiling“).

Die Einholung einer sog „**unwiderrufliche Einwilligung**“ widerspricht jedenfalls der DSGVO, eine allfällige Einwilligung ist in diesem Punkt jedenfalls nicht verbindlich (Datenschutzbehörde vom 11.11.2018, DSB-D213.692/0001-DSB/2018).