

Zeitschrift für

# VERBRAUCHER- RECHT

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

Jänner 2019

01

1 – 40

Beiträge

## AGB-Recht und Verbandsprozesse: Judikatur-Überblick 2017/18 (Teil I)

Stefan Langer ↻ 4

Datenschutz neu: Individuelle und kollektive Rechtsdurchsetzung

Susanne Augenhofner ↻ 8

Dieselfahrverbote Stefan Storr ↻ 14

Die Zulässigkeit der Sammelklage österreichischer Prägung  
am Beispiel der Verfahren VKI gegen VW

Alexander Klauser und Katharina Huber ↻ 19

Rechtsprechung

Onlinedating: Wertersatz bei Rücktritt ↻ 25

Währung bei Flugpreisangaben ↻ 30

Auskunftspflicht nach § 3 VersVG ↻ 32

Schneeballsystem: Rückabwicklung ↻ 33

Pro & Contra

## DSGVO: Freiwilligkeit der Einwilligung bei Cookies?

Lukas Feiler und Thomas Rainer Schmitt/

Markus Kastelitz und Christof Tschohl ↻ 38

# Die „derStandard.at“-E der Datenschutzbehörde kritisch betrachtet

# Contra

## DSGVO: Freiwilligkeit der Einwilligung bei Cookies?

VbR 2019/25

Vor einer kritischen Betrachtung der rezenten E der DSB (30. 11. 2018, DSB-D122.931/0003-DSB/2018) ist es für das bessere Verständnis des zugrunde liegenden Sachverhalts zweckdienlich, die wirtschaftliche Grundlage vieler „kostenloser“ Internetdienste zu erläutern. Diese basiert auf der Ermöglichung der Ausforschung der Vorlieben und Interessen ihrer Nutzer durch Dritte zur Profilbildung, um auf der jeweils besuchten Webseite für den jeweiligen Besucher treffgenaue Werbung ausspielen zu können. Dass dabei oft auch personenbezogene Daten gem Art 4 Z 1 DSGVO verarbeitet werden, liegt auf der Hand. „Ad Tech“-Unternehmen führen auf vielen Webseiten sog „Third-Party-Tracking“ durch – dies dient der Verfolgung des Surfverhaltens über verschiedene Webauftritte hinweg, um die Nutzerprofile anzureichern. Sind die Profile einmal generiert, werden diese, verkürzt gesprochen, der Werbebranche entgeltlich zur Verfügung gestellt, um personalisierte Werbung anbieten zu können. Einen kleinen finanziellen Anteil vom „Werbekuchen“ erhält dabei der Webseitenbetreiber, der Dritten seine Webseite als Werbeplatz zur Verfügung stellt. Zu kritisieren ist dabei die tiefgreifende und immer detailliertere Erstellung von digitalen Profilen durch Unternehmen (allg *Christl*, Corporate Surveillance in Everyday Life [2017], <https://crackedlabs.org/en/corporate-surveillance>; *Gräfe*, Webtracking und Microtargeting als Gefahr für Demokratie und Medien, PinG 2019, 5), welche oft auch das Intim-, Privat- und Familienleben betreffen (*Karg* in *Jandt/Steidle* [Hrsg], Datenschutz im Internet [2018] 281).

In der Folge wird der Versuch unternommen, das Vorstehende vor dem Hintergrund der DSB-Entscheidung in einen Kontext zu stellen, wobei nur kurz auf einige Aspekte eingegangen werden kann.

Zu Recht geht die DSB zunächst von der Notwendigkeit der Einholung einer Einwilligung des Setzens von Cookies gem § 96 Abs 3 TKG 2003 aus und verweist zur Auslegung der Einwilligung auf Art 4 Z 11 iVm Art 7 DSGVO. Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung ist das Vorliegen des Kriteriums der Freiwilligkeit der Einwilligung in die Verwendung von Cookies zur Webanalyse und Werbung. Dabei ist die freie Entscheidung das normative Fundament der Einwilligung, Freiwilligkeit liegt nur dann vor, wenn die betroffene Person „eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“ (ErwGr 42 S 5). Ein Ausfluss der Freiwilligkeit ist das sog Kopplungsverbot (Art 7 Abs 4), welches kurzgefasst das Abhängigmachen vertraglicher Leistungen von der Erteilung einer Einwilligung in eine (sachfremde) Datenverarbeitung untersagt. Damit wird sichergestellt, „dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, um deren Einwilligung ersucht wird, nicht direkt oder indirekt zur Gegenleistung für einen Vertrag werden kann“ (Art-29-Datenschutzgruppe, WP 259 rev.01, 9). Auch der OGH (6 Ob 140/18h VbR 2018/127) stellte jüngst strenge Anforderungen: „Bei der Koppelung der Einwilligung [...] mit einem Vertragsschluss ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen.“ Die DSB hat nunmehr solche „Umstände“ in der Bereitstellung eines kostenpflichtigen, tra-

ckingfreien Zugangs erblickt (ggT Ansicht offenbar die britische Behörde ICO, [https://www.theregister.co.uk/2018/11/19/ico\\_washington\\_post/](https://www.theregister.co.uk/2018/11/19/ico_washington_post/)). Die Folgen sind offensichtlich: Die Verweigerung der Einwilligung dürfte in vielen Fällen zur Zahlungspflicht und damit gerade nicht zu einer genuin freiwilligen Zustimmung führen – spätestens in der Kumulierung können die verstärkt zu erwartenden entgeltlichen Alternativen für den Einzelnen sehr wohl beträchtliche negative Folgen haben (Art-29-Datenschutzgruppe, WP 259 rev.01, 12). Nur weil es eine Alternative gibt, ist die Einwilligung auch nicht „freiwillig“ – sonst gäbe es die Frage der Freiwilligkeit außer bei Monopolen bald gar nicht mehr.

Unabhängig davon stellt die DSGVO jedoch weitere datenschutzrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit der Verarbeitung:

Bereits im Anwendungsbereich von § 96 Abs 3 TKG 2003 ist der Benutzer darüber zu informieren, welche personenbezogenen Daten auf welcher Rechtsgrundlage und für welche Zwecke verarbeitet werden und für wie lange die Daten gespeichert werden. Darüber hinaus verlangt Art 4 Z 11 iVm Art 5 Abs 1 lit a und b DSGVO eine Willensbekundung „für den bestimmten Fall, in informierter Weise“ (s Art-29-Datenschutzgruppe, WP 259 rev.01, 13 ff). Davon kann bei einer Einwilligungserklärung, die im Wesentlichen aus einem Satz besteht und auf eine 36-seitige Datenschutzerklärung verweist, davon allein 18 Seiten zu Cookies und „programmatischer Werbung“ (abgesehen von den Datenübermittlungen an Dritte), wohl nicht die Rede sein (s zu den Anforderungen Art-29-Datenschutzgruppe, WP 259 rev.01, 15 f; zu den Anforderungen des OGH unter dem DSG 2000 RIS-Justiz RS0115216 RS0111809).

Auf Basis der aktuellen EuGH-Rsp ist zudem zu hinterfragen, ob Webanalysebetreiber durch Einbindung ihrer Plugins auf einer Webseite zu gemeinsam Verantwortlichen (mit dem Webseitenbetreiber) iSd Art 26 Abs 1 DSGVO werden (Schlussanträge GA *Bobek* 19. 12. 2018, C-40/17, *Fashion ID*, VbR 2019/2, Rz 73, 142; EuGH C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, VbR 2018/109).

Offenbar lag es am Beschwerdeinhalt, dass die DSB in der Entscheidung festhielt, dass die Frage, ob die zu akzeptierenden Cookies hinsichtlich ihres Ausmaßes und Umfangs den Vorgaben von „Privacy by Design and by Default“ (Art 25 DSGVO) entsprechen, nicht zu prüfen war – hier hätte sich uU die Einleitung eines amtswegigen Prüfverfahrens angeboten. Zum Widerruf durch bloßes Löschen von Cookies sei nur am Rande angemerkt, dass dies in Zeiten von Datenaggregation über viele Internetauftritte hinweg nur eine temporäre Maßnahme darstellt, zudem den Einsatz anderer Trackingmethoden nicht beeinflusst.

Bei vollem Verständnis für die insb für Qualitätsmedien schwierige ökonomische Lage sollte der Einzelfall nicht den Blick dafür verstellen, was es für eine demokratische Gesellschaft im Informationszeitalter heißt, wenn die meisten Onlinedienste das Modell „Zahl mit deinen Daten“ betreiben (dazu *Zuboff*, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus).

Markus Kastelitz/Christof Tschohl,  
Research Institute AG & Co KG