

Neues Datenschutzrecht: Wann meldet sich der Kunde “freiwillig” zum Newsletter an?

Auch nach neuem Datenschutzrecht benötigen Händler eine Einwilligung der Betroffenen, z.B. zum Versand des Newsletters. Diese Einwilligungen müssen vom Empfänger freiwillig erteilt werden. Klingt einfach, ist es aber nicht. Wir erklären Ihnen, worauf es ankommt, damit Sie Bußgelder und Abmahnungen vermeiden können.

Das Kriterium der Freiwilligkeit

Wann kann von der freiwilligen Erteilung einer Einwilligung ausgegangen werden? Wann nimmt der Verantwortliche dagegen zu viel Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen, sodass die Freiwilligkeit entfällt und die Einwilligung nicht wirksam ist?

Letzteres soll bereits bei einem “klaren Ungleichgewicht” zwischen der betroffenen Person und dem für die Verarbeitung verantwortlichen Unternehmen der Fall sein. Dies geht aus Satz 1 des Erwägungsgrundes 43 der DSGVO hervor.

Darauf basierend wird aktuell zum Teil (z.B. Härting, Praxishandbuch zur DSGVO) die Auffassung vertreten, dass im Massenverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern regelmäßig von einem Ungleichgewicht auszugehen ist. Dies hätte in der Praxis zur Folge, dass die Einwilligung als mögliche Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung jedenfalls in diesem Verhältnis nahezu vollständig ausscheiden würde.

Nach hier vertretener Ansicht kann eine so weitgehende Auslegung des Gesetzes jedoch nicht gewollt sein. Zwar wird der Freiwilligkeit unter der Geltung der DSGVO wohl ein größeres Gewicht und eine genauere Betrachtung zuteil, als dies noch heute im BDSG der Fall ist.

Insoweit kann Erwägungsgrund 43 nicht unbeachtet bleiben. Satz 1 nimmt in seiner zweiten Hälfte jedoch Bezug auf das Verhältnis zwischen Behörde und Bürger als möglichen Fall eines Ungleichgewichts. Dieses Verhältnis wird nur beispielhaft genannt. Nichtsdestotrotz lässt dies den Rückschluss zu, dass nicht jedes Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbraucher automatisch zu einem Ungleichgewicht führt. Vielmehr liegt nur bei jenen Verhältnissen ein klares Ungleichgewicht vor, bei denen der für die Verarbeitung Verantwortliche – ähnlich einer Behörde – einen besonderen Einfluss auf das gemeinsame Verhältnis hat.

Dies kann unterschiedliche Ursachen haben und ist für jedes Verhältnis gesondert zu prüfen. Daneben gibt es jedoch auch weitere Merkmale, an denen die Freiwilligkeit der Einwilligung scheitern kann.

Einführung eines absoluten Kopplungsverbots?

Insoweit konkretisiert Art. 7 Abs. 4 DSGVO weitere Indizien im Hinblick auf die Freiwilligkeit, wie folgt:

“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.”

Eine Position im Rahmen der derzeitigen Diskussion um die Freiwilligkeit schließt aus diesem

Wortlaut ein sogenanntes absolutes Kopplungsverbot. Nach dieser Auffassung wird es künftig nicht mehr gestattet sein, (irgend)einen Vertragsschluss, bzw. die Erfüllung des Vertrags von der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig zu machen.

Als Argument wird hierbei Erwägungsgrund 43 der DSGVO herangezogen, dessen Wortlaut strenger ist, als der des oben zitierten Art. 7 Abs. 4 DSGVO. Soweit eine Abhängigkeit, wie dort beschrieben, vorliegt, ist nicht lediglich "dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung" zu tragen, sondern die Einwilligung gilt direkt "nicht als freiwillig erteilt". Da Erwägungsgründe als Auslegungshilfe herangezogen werden können, sei auch Art. 7 Abs. 4 DSGVO dementsprechend zu lesen.

Dies geht soweit, dass es zum Beispiel ebenfalls nicht mehr möglich sein soll, die Teilnahme an einem Gewinnspiel nur zuzulassen, soweit der Teilnehmende der Verarbeitung seiner Daten zu bestimmten Werbezwecken (z.B. Erhalt eines Newsletters) zustimmt.

Ähnlich wie bei der oben erläuterten Auffassung zum klaren Ungleichgewicht hätte dies zur Folge, dass die Einwilligung in der Praxis deutlich an Bedeutung verlieren würde. Sie könnte in vielen Sachverhalten nicht mehr zuverlässig als Rechtsgrundlage einer rechtmäßigen Datenverarbeitung dienen.

Moderater Lösungsansatz: Relatives Kopplungsverbot

Dies erscheint – wie oben bereits angedeutet – ebenfalls zu weitgehend und nicht praktikabel. Das Argument, aus Erwägungsgrund 43 der DSGVO die Auslegung des Art. 7 Abs. 4 DSGVO herzuleiten, ist nicht überzeugend. Denn der Erwägungsgrund entspricht der im Rahmen der Verhandlungen der EU Organe zur DSGVO nicht übernommenen Textfassung des Europäischen Parlaments. Diese sah ein Kopplungsverbot ohne jede Einschränkung vor.

Während der Gesetzestext nachträglich bewusst weniger streng formuliert wurde, erfolgte (versehentlich) keine Anpassung des Erwägungsgrunds 43. Diese Entwicklung führte zu dem erläuterten Widerspruch. Sie sollte im Rahmen der Auslegung jedoch nicht wieder rückgängig gemacht werden.

Vielmehr ist nach alldem bei der Beurteilung der Freiwilligkeit zu berücksichtigen, ob eine Kopplung zwischen Einwilligung und Vertragserfüllung vorgesehen ist. Ist dies der Fall, so ist im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermitteln, ob die Entscheidung über Erteilung der Einwilligung durch den Betroffenen dennoch frei getroffen werden kann.

Fazit

Der Einwilligung wird auch nach dem 25. Mai 2018 weiterhin eine zentrale Rolle bei der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten zukommen. Bei ihrer Einholung sind die in der DSGVO aufgestellten Kriterien zu berücksichtigen.

Insbesondere die Freiwilligkeit wird bereits heute kontrovers diskutiert. Dabei wird diesseits die Auffassung vertreten, dass ein klares Ungleichgewicht nicht per se zwischen Unternehmer und Verbraucher anzunehmen ist. Ebenso ist dem Gesetzestext der DSGVO kein absolutes Kopplungsverbot zu entnehmen. Die Beurteilung der Freiwilligkeit hat vielmehr anhand der im konkreten Fall vorliegenden Gegebenheiten zu erfolgen.

Hat die betroffene Person eingewilligt, so hat sie ein Widerrufsrecht, Art. 7 Abs. 3 DSGVO. Hierüber ist sie bei Einholung der Einwilligung zu belehren.

Unser Tipp: Achten Sie schon ab sofort darauf, nach der DSGVO wirksame Einwilligungen einzuholen – dies erleichtert den Übergang im Mai 2018.

Sie wollen sich auch nach Mai 2018 auf bereits heute eingeholte Einwilligungen stützen? Das ist nicht unmöglich! Mehr dazu erfahren Sie demnächst in unserem Beitrag zur Gültigkeit alter Einwilligungen unter der DSGVO.

