Die Einwilligung in Direktmarketing unter datenschutzrechtlichen Aspekten

Von Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster

Inhalt

I. Vorgeschichte
II. BDSG II: Einwilligung in Direktmarketing
1. Schriftliche Einwilligung
2. Koppelungsverbot
3. Elektronische Einwilligung

I. Vorgeschichte

Im Sommer 2009 wurden – bedingt durch sog. Datenschutzskandale – zwei größere Änderungsentwürfe zum BDSG verabschiedet. In der **BDSG-Novelle II** (Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, BGBl. 2009 I, S. 2814) wurde versucht, den Fällen des unberechtigten Datenhandels zu begegnen. Am 10. 12. 2008 hat die Bundesregierung den vom Bundesminister des Innern vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Regelung datenschutzrechtlicher Vorschriften beschlossen. Der heftig diskutierte Entwurf wurde dann am 3. 7. 2009 vom Bundestag verabschiedet (BT-Drucks. 16/12011 und 16/13657) und ist im Wesentlichen am 1. 9. 2009 in Kraft getreten. Im Einzelnen ist vorgesehen, dass künftig die **Nutzung und Übermittlung personenbezogener Daten zu Zwecken des Adressenhandels** grundsätzlich nur mit Einwilligung des Betroffenen möglich sein wird. Die Einwilligung soll nach Möglichkeit schriftlich erteilt werden (§ 28 Abs. 3 S. 1); wird sie mit anderen Vertragserklärungen verbunden, muss sie drucktechnisch hervorgehoben werden (§ 28 Abs. 3a). Ohne Einwilligung ist die Verarbeitung bestimmter „freier" Adressdaten zulässig, wenn dies für Zwecke der Werbung für eigene Angebote geschieht (§ 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 1). Ferner ist die Nutzung der Adressdaten einwilligungsfrei möglich, wenn die Daten für berufsbezogene Werbung beim Betroffenen verwendet werden (§ 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 2). Befreit ist schließlich auch Werbung für Spenden an gemeinnützige Einrichtungen vom Einwilligungserfordernis (§ 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 3).

Bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht ist eine Erhöhung der **Bußgelder** vorgesehen. Es wurde auch die Möglichkeit geschaffen, **unrechtmäßige Gewinne** aus illegaler Datenverwendung **abzuschöpfen**. Des Weiteren werden Informationspflichten für Unternehmen für den Fall eingeführt, dass diese feststellen, dass bestimmte personenbezogene Daten aus ihrem Verfügungsbereich unrechtmäßig übermittelt wurden („Datenschutzpanne"). In diesen Fällen wären sowohl Aufsichtsbehörden als auch Betroffene zu unterrichten.

Bereits im Mai 2009 hatte der Bundestag den umstrittenen Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Regulierung von Auskunfteien mit Änderungen verabschiedet, die der Innenausschuss empfohlen hatte. Das inzwischen verkündete Gesetz ist zum 1. 4. 2010 in Kraft getreten (Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, BGBl. 2009 I, S. 2254, **BDSG-Novelle I**). Es sieht mit § 28b eine ausdrückliche Regelung des **Scoring-Verfahrens** vor (Regierungsentwurf v. 30. 7. 2008 eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes). Hiernach sind Scoring-Verfahren nur dann zulässig, wenn die zur Berechnung des Score-Wertes benutzten Daten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des zu bestimmenden Verhaltens erheblich sind. Zudem müssen die Voraussetzungen einer Datennutzung nach § 28 BDSG bzw. bei einer Berechnung durch eine Auskunftei die Voraussetzungen einer Datenübermittlung nach § 29 BDSG vorliegen. Die von der Regierung befürwortete, besonders umkämpfte Klausel, wonach Auskunfteien Wohnortdaten in die Ermittlung der Scorewerte zur Prüfung der Kreditwürdigkeit einbeziehen dürfen, hat das Parlament eingeschränkt. Verboten wird demnach die „ausschließliche" Nutzung von Anschriftendaten

für die entsprechende Wahrscheinlichkeitsberechnung. Zusätzliche Informationen über Angaben zu den Wohnorten dürfen auch nicht mit einer „verschwindend geringen Gewichtung" in einen Scorewert einfließen.

Unternehmen, die Informationen über die tatsächliche oder vermeintliche Zahlungsfähigkeit von Privatpersonen sammeln und verkaufen, müssen künftig **Auskünfte über das Zustandekommen von Scorewerten** einzelfallbezogen und in allgemein verständlicher Form erteilen.

Eingefügt hat der Bundestag eine Klarstellung, dass die Dienstleister den Betroffenen auf Verlangen die **wesentlichen Gründe** einer für sie **ungünstigen automatisierten Entscheidung** mitzuteilen und zu erläutern haben. Der Kunde soll so in die Lage versetzt werden, mit einem Sachbearbeiter in Kontakt zu treten und seine Interessen womöglich doch noch durchzusetzen. Zudem folgten die Abgeordneten einem Vorschlag des Bundesrates, demzufolge etwa Kreditinstitute Tatsachen wie eine vorzeitige Schuldenrückzahlung bei Auskunfteien nachmelden müssen, durch die ein Scorewert positiv beeinflusst werden könnte. Verstöße gegen diese **„Nachberichtspflicht"** werden mit einem Bußgeld belegt. Nicht durchsetzen konnte sich die SPD mit ihrem Anliegen, Scoring auf tatsächlich kreditrelevante Belange zu beschränken. So dürfen nun etwa auch Vermieter oder Versicherungen weiter zu diesem Mittel greifen.

II. BDSG II: Einwilligung in Direktmarketing

Das BDSG ist im Rahmen der Novelle II grundlegend geändert worden, was die Einwilligung der Betroffenen in den Adresshandel und in das Direktmarketing angeht (die wettbewerbsrechtlichen Aspekte des Direktmarketings sollen hier nicht untersucht werden; vgl. dazu §§ 7, 20 UWG i. d. F. des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen v. 29. 7. 2009; s. hierzu auch Alt ZAP F. 16, S. 370; Menke, in: Koos/Menke/Ring, Praxis des Wettbewerbsrechts, S. 700 ff.; Nowak-Over, ebd., S. 881ff.).

1. Schriftliche Einwilligung

Der erste Erlaubnistatbestand ist die schriftliche Einwilligungserklärung des Betroffenen (§ 28 Abs. 3 S. 1). § 28 Abs. 3 S. 1 verweist insofern auf § 28 Abs. 3b. Erforderlich ist die schriftliche Einwilligung, wobei das Merkmal der Schriftlichkeit in § 4a Abs. 1 konkretisiert wird.

Nach § 4 Abs. 1 BDSG ist die Verarbeitung personenbezogener Daten und deren Nutzung zulässig, sofern der Betroffene darin eingewilligt hat. Die Einwilligung ist nach § 4a Abs. 1 BDSG nur möglich, wenn der Betroffene vorab auf den Zweck der Speicherung und einer vorgesehenen Übermittlung sowie auf Verlangen auf die Folgen der Verweigerung hingewiesen wurde (§ 4a Abs. 1 S. 2 BDSG). Die Einwilligung bedarf im Übrigen regelmäßig der Schriftform (§ 4a Abs. 1 S. 3 BDSG).

Entscheidend ist die freie Entscheidung des Betroffenen über die Gewährung der Einverständniserklärung. Einwilligungen, bei denen Zwang ausgeübt wird, sind unwirksam; die darauf gegründete Datenverarbeitung ist unzulässig. Eine Einwilligung ist bei **„faktischem Zwang"** nicht mehr gegeben; faktischer Zwang soll bereits gegeben sein, wenn die Marktsituation es einem Anbieter erlaubt, einen Vertragsabschluss von der Einwilligung des Betroffenen abhängig zu machen, z. B. von einer „freiwilligen" Offenlegung bestimmter persönlicher Verhältnisse (Schaar MMR 2001, 644). Die Einwilligung setzt ferner voraus, dass die einwilligende Person über den Gegenstand der Einwilligung informiert ist und die Tragweite der Entscheidung überblicken kann.

Für die Einwilligung wird darauf abgestellt, dass es weiterhin einer ausdrücklichen, das Einverständnis des Betroffenen dokumentierenden Erklärung bedürfe, selbst wenn eine andere Form angemessen sein sollte. Eine konkludente, stillschweigend oder gar mutmaßliche Einwilligung reiche daher nicht aus (BT-Drucks. 16/12011, S. 33).

Nicht übernommen wurde der Bundesratsvorschlag, in § 28 Abs. 3 einen Satz einzufügen, wonach der Betroffene das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung nachgewiesen bekommen kann (BT-Drucks. 16/12011, S. 42).

Die Erklärung muss nach § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG in **Schriftform** gehalten sein, es sei denn, eine andere Form ist nach den konkreten Umständen her notwendig. Es ist nicht sicher, ob § 28 Abs. 3 mit dem Erfordernis der Schriftlichkeit auch die Möglichkeit eines Abschlusses in anderer Form zulässt. Auch wenn die Definition des § 4a Abs. 1 S. 3 andere Formen ausnahmsweise zulässt, spricht § 28 Abs. 3 S. 1 eindeutig von Schriftlichkeit und lässt solche Ausnahmetatbestände damit nicht zu. Insofern spricht man von einer qualifizierten Einwilligung nach § 28. Schriftlich ist die Einwilligung dann, wenn der Betroffene seine Zustimmung „eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell bekundeten Handzeichens unterzeichnet" hat (§ 126 Abs. 1 BGB). Ob ein Fax nach Sinn und Zweck der Norm nicht genügen würde, sei dahingestellt. Eine gesonderte Unterschrift oder ein Kreuzchen ist dagegen – anders als im insoweit strengeren UWG – datenschutzrechtlich nicht erforderlich (s. dazu unten BGH, Payback). S. 2 stellt nach Auffassung der Gesetzesbegründung klar, dass die Einwilligung nur wirksam ist, wenn der Betroffene durch Ankreuzen, eine gesonderte Unterschrift oder ein anderes, ausschließlich auf die Einwilligung in die Weitergabe seiner Daten für Werbezwecke bezogenes Tun zweifelsfrei zum Ausdruck bringt, dass er die Einwilligung bewusst erteilt (BT-Drucks. 16/12011, S. 33).

Zu beachten ist ferner, dass nach § 28 Abs. 4 der Betroffene jederzeit der Nutzung seiner Daten für Zwecke der **Werbung** oder **Markt- oder Meinungsforschung widersprechen** kann.

Hinweis:

Diese Regelung ist rätselhaft. Der Begriff des **Adresshandels** taucht hier nicht mehr auf, sodass man der Auffassung sein könnte, dass ein Widerspruch im Bereich des Adresshandels unmöglich ist. Unklar ist auch, wie sich der Widerspruch zu einer bereits erteilten schriftlichen Erklärung verhält. Meines Erachtens wird man bei einer schriftlich erteilten Einwilligung einen Widerruf nicht zulassen können. Dies ergibt sich auch im Umkehrschluss aus § 28 Abs. 3a, wonach bei einer elektronisch erteilten Einwilligung ein Widerrufsrecht vorzusehen ist. Damit geht der Gesetzgeber scheinbar für die **schriftlich erteilten Einwilligungserklärungen** von einer **Unwiderruflichkeit** aus. Dies widerspricht allerdings der herrschenden persönlichkeitsrechtlichen Dogmatik. Dem Verbraucher muss es stets möglich sein, seine Einwilligung zu widerrufen. Dabei spielt es keine Rolle, ob er die Einwilligung per Post oder über andere Wege, z. B. per E-Mail, widerruft. Eine Beschränkung des Widerrufs auf den postalischen Weg dürfte wohl AGB-rechtlich unwirksam sein (OLG Köln, Urt. v. 14. 12. 2007 – 6 U 121/07).

Zu beachten ist ferner auch bei einer Einwilligungserklärung der **Zweckbindungsgrundsatz** des § 28 Abs. 5. Hiernach darf ein Dritter, dem die Daten übermittelt worden sind, diese nur für den Zweck verarbeiten oder nutzen, zu dessen Erfüllung sie ihm übermittelt worden sind.

Falsch platziert ist die Regelung zu § 28 Abs. 3a S. 2. Diese Regelung steht im Absatz zu den elektronischen Einwilligungen. Im Kern bezieht sie sich aber auf die schriftliche Einwilligung. Hiernach ist die Einwilligungserklärung in drucktechnisch deutlich gestalteter Form besonders hervorzuheben, wenn sie **mit anderen Erklärungen zusammen schriftlich erteilt** wird. Dahinter verbirgt sich die typische Praxis bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, mehrere Einwilligungserklärungen miteinander in einem Formular zu verbinden. In einem solchen Fall wäre dann eine entsprechende drucktechnische Hervorhebung, etwa durch Fettdruck, vorzunehmen. Die Gesetzesbegründung nennt im Übrigen beispielhaft auch Schriftgröße, Formatierung, Schrifttyp und Einrahmung als Gestaltungsmittel (BT-Drucks. 16/13657, S. 32). Für einfache Einwilligungsklauseln nach § 4a Abs. 1 S. 4

BDSG gelten demgegenüber geringerer Anforderungen. Aus der Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation 2002/58/EG geht für Telekommunikationsdaten hervor, dass bei einer elektronischen Einwilligung das aktive Ankreuzen einer Checkbox zulässig ist (Erwägungsgrund 17 der Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation 2002/58/EG: „... hierzu zählt auch das Markieren eines Feldes auf einer Internet-Website"). Aus dem Payback-Urteil des BGH lässt sich ableiten, dass man außerhalb des Anwendungsbereichs des TMG zwar mit einer Checkbox arbeiten kann, aber nur soweit man die Anforderungen des § 4a Abs. 1 S. 4 BDSG einhält, wonach die datenschutzrechtliche Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich abgegeben werden kann. Ferner stellt der BGH klar, dass durch das Erfordernis der Hervorhebung vermieden werden solle, dass die Einwilligung bei Formularverträgen im sog. Kleingedruckten versteckt wird und der Betroffene sie durch seine Unterschrift erteilt, ohne sich ihrer und ihres Bezugsgegenstands bewusst zu sein, weil er sie übersieht (BGH MMR 2008, 731, 733).

Die Einwilligung in die Speicherung, Verarbeitung und Nutzung von Daten kann nach Auffassung des **BGH** (Urt. v. 11. 11. 2009 – VIII ZR 12/08) zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, sofern sie besonders hervorgehoben wird. Dass die Möglichkeit besteht, zu ihrer Abwahl der Zustimmung ein zusätzliches Kästchen anzukreuzen, sei nicht nötig, wenn fett gedruckt auf die Möglichkeit zur Streichung der Klausel hingewiesen wird.

Noch im Regierungsentwurf war verlangt worden, dass die Einwilligung durch **aktives Tun** (Ankreuzen; Unterschrift) erklärt wird (BT-Drucks. 16/13657, S. 32); das ist entfallen. Insofern sei auf die BGH-Entscheidung PayBack und die dortigen Differenzierungen zwischen datenschutzrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Einwilligung verwiesen. Denn hier hat der BGH entschieden, dass eine **„Opt-out"-Klausel** nicht die datenschutzrechtliche Freiwilligkeit ausschließt: „Nach § 4a Abs. 1 BDSG ist es zur Wirksamkeit der Einwilligung nicht erforderlich, dass der Betroffene sie gesondert erklärt, indem er eine zusätzliche Unterschrift leistet oder ein dafür vorgesehenes Kästchen zur positiven Abgabe der Einwilligungserklärung ankreuzt („Opt-in"-Erklärung; BGH MMR 2008, 731, 733 mit Verweis auf BT-Drucks. 14/4329, S. 34).

Hinweis:

Ob diese Auffassung europarechtskonform ist, ist zweifelhaft. Zum Teil wird vertreten, dass die Datenschutzrichtlinie und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation dieselben Wirksamkeitsvoraussetzungen an die Einwilligung nach § 12 Abs. 1 TMG, § 4 Abs. 1 BDSG und § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellen. Ein Dualismus von datenschutzrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Einwilligung mit unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen sei daher gemeinschaftsrechtswidrig (Hanloser CR 2008, 713).

2. Koppelungsverbot

Auch für den Fall der qualifizierten Einwilligung gilt das sog. Koppelungsverbot, geregelt in § 28 Abs. 3b. Hiernach darf die verantwortliche Stelle den Abschluss eines Vertrages nicht von einer Einwilligung des Betroffenen abhängig machen, wenn dem Betroffenen ein **anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen** ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist. Sollte auf diese Art und Weise eine Einwilligung erteilt worden sein, wäre diese nach § 28 Abs. 3b S. 2 unwirksam. Das Koppelungsverbot ist – im Gegensatz zum gleichzeitig aufgehobenen § 12 Abs. 3 TMG a. F. – auf die qualifizierte Einwilligung in die werbliche Datenverwendung beschränkt. Das werbespezifische Kopplungsverbot aus § 28 Abs. 3b BDSG n. F. gilt allerdings nach § 12 Abs. 3 TMG n. F. auch für die Einwilligung in die werbliche Datennutzung nach § 28 Abs. 3a BDSG n. F. i. V. m. § 13 Abs. 2 TMG.

Die Vorschrift bezieht sich nicht auf die **Erhebung**, sondern auf die **Verwendung** von bereits erhobenen personenbezogenen Daten (Scheurle/Mayen, TKG, § 95 Rn. 75; Wilms/Masing/Jochum/Hartung, TKG, § 95 Rn. 73). Dabei ist aber zu beachten, dass eine Koppelung auch im Zuge einer Erhebung von Daten nicht automatisch zulässig ist. Eine Erhebung stellt den einer Verwendung vorgelagerten Schritt dar, der zudem noch zweckgebunden ist, was bedeutet, dass eine Erhebung für eine bestimmte Verwendung erfolgen muss (Wilms/Masing/Jochum/Hartung, TKG, § 95 Rn. 73). Hintergrund für diese Regelungen ist der datenschutzrechtliche Zweckbindungsgrundsatz, wonach Daten nur für den Zweck verwendet werden dürfen, für den sie erhoben wurden; eine Verwendung dieser Daten für andere Zwecke erfordert eine erneute Rechtfertigung, weshalb Diensteanbieter für eine Verwendung dieser Daten für andere Zwecke eine Einwilligung des Betroffenen einholen müssten (Wilms/Masing/Jochum/Hartung, TKG, § 95 Rn. 70).

Fraglich ist, was unter **„Zugang"** zu verstehen ist. Der Wortlaut ist hier nicht eindeutig. Einerseits kann man die Formulierung so auslegen, dass es sich um einen **vergleichbaren Dienst des Anbieters selbst** handeln muss, d. h. für den Nutzer muss eine andere Möglichkeit zum Zugang des von demselben Dienstanbieter angebotenen Dienstes bestehen (Spindler/Schuster/Spindler/Nink, a. a. O., TMG, § 12 Rn. 9; Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster/Büttgen, Beck'scher TKG Kommentar, § 95 Rn. 33). Andererseits kann man die Regelungen so interpretieren, dass Angebote **vergleichbarer Dienste durch Mitbewerber** genügen, die in zumutbarer Weise von dem Teilnehmer genutzt werden können (Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster/Büttgen, a. a. O., § 95 Rn. 33; Arndt/Fetzer/Scherer/Fetzer, TKG, § 95 Rn. 28). Die zweite Ansicht bezieht somit die Marktsituation mit ein. Danach besteht eine andere Zugangsmöglichkeit i. S. der Vorschriften, wenn dem Nutzer ein entsprechender gleichwertiger Dienst eines anderen Anbieters zur Verfügung steht, d. h. der ursprüngliche Anbieter keine Monopolstellung hat (Spindler/Schuster/Spindler/Nink, a. a. O., TMG, § 12 Rn. 9; Scheurle/Mayen, TKG, § 95 Rn. 77).

Für die erste Ansicht spricht die grammatikalische Auslegung und die datenschutzfreundliche Auslegung der Vorschriften, da ansonsten die Anbieter berechtigt wären, ihre Dienste den Kunden nur unter Preisgabe von nicht für den Dienst erforderliche Daten anzubieten und im Übrigen auf die Nutzung der Angebote von Konkurrenten zu verweisen (Spindler/Schuster/Spindler/Nink, a. a. O., TMG, § 12 Rn. 9; Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster/Büttgen, a. a. O., § 95 Rn. 33). Mithin spricht für die erst genannte Interpretation, dass sich das Angebot verschiedener Diensteanbieter oftmals im Hinblick auf die einzelnen Leistungsmerkmale unterscheidet und damit nur diese Auslegung das Recht des Kunden auf informationelle Selbstbestimmung schützt (Breyer RDV 2004, 147, 150). Gegen die erste Auffassung spricht aber, dass in diesem Fall der Zugang nur dann an eine Einwilligung geknüpft werden kann, wenn der Anbieter die gleiche Leistung auch in anderer Weise zugänglich macht, was wiederum eine Einschränkung sinnlos macht (Zscherpe MMR 2006, 727; Spindler/Schuster/Spindler/Nink, TMG, § 12 Rn. 9). Darüber hinaus führt das OLG Brandenburg zu § 12 Abs. 3 TMG dazu aus, dass im Falle einer solchen Interpretation (erste Ansicht) die Regelungsgehalte der beiden Halbsätze dieser Norm übereinstimmend wären; wenn nämlich ein Anbieter den Zugang zu den Diensten auch ohne Einwilligung zulässt, macht er bereits die Erbringung von Diensten nicht von der Einwilligung des Nutzers abhängig, sodass bereits § 12 Abs. 3 Hs. 1 TMG nicht gegeben ist (OLG Brandenburg MMR 2006, 405, 407; s. dazu auch Spindler/Schuster/Spindler/Nink, a. a. O., TMG, § 12 Rn. 9). Der Sinn und Zweck der Normen und der historische Wille des Gesetzgebers (BT-Drucks. 13/7385, S. 6), der die Einschränkung zur Verhinderung von Monopolstellungen eingefügt hat, sprechen für die zweite Ansicht (Spindler/Schuster/Spindler/Nink, a. a. O., TMG, § 12 Rn. 9; Spindler/Schuster/Eckhardt, TKG, § 95 Rn. 26; Schmitz/Eckhardt CR 2006, 533, 534). Demzufolge ist der Zugang zu den Diensten von der jeweiligen Marktsituation abhängig zu machen, d. h. eine Koppelung liegt dann nicht vor, wenn ein vergleichbarer gleichwertiger Dienst von einem anderen Anbieter bezogen werden kann(Wilms/Masing/Jochum/Hartung, TKG, 10.95 IV Rn. 71 [§ 95 Rn. 71]; Spindler/Schuster/Spindler/Nink, TMG § 12 Rn. 9).

Daran schließt sich aber die Frage an, **wie absolut die Monopolstellung** einzuordnen ist. Nach Ansicht des OLG Brandenburg ist es für den Ausschluss des Koppelungsverbots ausreichend, dass andere Dienstanbieter vergleichbare Leistungen anbieten; im konkreten Fall hat es 73 % der Marktanteile nicht als Monopolstellung genügen lassen (OLG Brandenburg MMR 2006, 405, 407 = DuD 2006, 372 = CR 2006, 490, 492; Holländer RDV 2009, 215, 219). Nach allgemeiner Ansicht ist es jedoch nicht möglich, eine absolute Grenze zu ziehen, wann der Markt faktisch keine andere Zugangsmöglichkeit bietet, sondern es muss im Einzelfall entschieden werden (Hanloser CR 2008, 713, 715; Spindler/Schuster/Spindler/Nink, a. a. O., TMG, § 12 Rn. 9; Kühling/Sivridis/Schwuchow/Burghardt DuD 2009, 335, 337). Gegen die zweite Ansicht spricht jedoch die Gefahr, dass sich Anbieter in ihren vorgedruckten AGB die Einwilligung in die Erhebung und Verwendung von personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken als der Erbringung der Dienste routinemäßig erteilen lassen (Breyer RDV 2004, 147, 150). Zu beachten ist aber, dass bei Bestehen einer Monopolstellung eine Koppelung nicht von sich aus ausgeschlossen ist. Besteht beispielsweise neben dem kostenlosen aber gekoppelten Angebot ein kostenpflichtiges Angebot derselben Leistung, sind keine datenschutzrechtlichen Bedenken anzunehmen. Eine Verpflichtung zum Angebot derselben Leistung ohne Einwilligung zum gleichen Preis kann nämlich nicht mit § 95 Abs. 5 TKG begründet werden (Spindler/Schuster/Eckhardt, TKG, § 95 Rn. 27). Problematisch ist bei der zweiten Ansicht auch, dass die Möglichkeit bestehen kann, dass am Markt genügend andere Anbieter mit den gleichen Leistungen existieren, diese Anbieter aber die gleichen oder gleichartige Koppelungen vornehmen. Geht man hier davon aus, dass es an einer zumutbaren Zugangsalternative fehlt, stellt sich die Frage, ob die Koppelung sämtlicher Anbieter unzulässig ist oder nur die Koppelung durch den Anbieter, bei dem die Leistung nachgefragt wird (Wilms/Masing/Jochum/Hartung, TKG, § 95 Rn. 71; Arndt/Fetzer/Scherer/Fetzer, TKG, § 95 Rn. 29).

Fraglich ist danach, wann dem Betroffenen ein anderer Zugang **unzumutbar** ist. Nach allgemeiner Ansicht ist das der Fall, wenn dem Nutzer nach den Umständen des Einzelfalles ein unverhältnismäßiger Aufwand entsteht (Ohlenburg MMR 2004, 431, 433–434; Wilms/Masing/Jochum/Hartung, TKG, § 95 Rn. 71; BT-Drucks. 15/2316, S. 89). Der Wert des Dienstes muss somit in einem beträchtlichen Missverhältnis zur benötigten Zeit, den Kosten und ggf. technischen Hindernissen für Alternativen stehen. Dabei ist der Wert des Dienstes immer aus der Sicht des Kunden abzuschätzen. Eine Alternative ist nach wirtschaftlichen Maßstäben jedenfalls dann unverhältnismäßig, wenn sie mehr als das Doppelte des Angebots kostet (Scheurle/Mayen, TKG, § 95 Rn. 79; Ohlenburg MMR 2004, 431, 433–434). Im Rahmen der Beurteilung der Zumutbarkeit sind auch nicht-kommerzielle berechtigte Interessen des Betroffenen zu berücksichtigen, z.B. ob und in welchem Maße der Teilnehmer auf den Dienst gerade dieses Anbieters zur persönlichen Lebensgestaltung konkret angewiesen ist (Scheurle/Mayen, TKG, § 95 Rn. 80). Letztlich ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Wert des nachgefragten Dienstes in einem erheblichen Missverhältnis zu der benötigten Zeit, den Kosten und den technischen Schwierigkeiten steht (Arndt/Fetzer/Scherer/Fetzer, TKG, § 95 Rn. 27; Ohlenburg MMR 2004, 431, 433–434).

Besonders zu achten ist letztlich auf das Gebot der **Freiwilligkeit der Einwilligung** (Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster/Büttgen, a. a. O., § 95 Rn. 33; Arndt/Fetzer/Scherer/Fetzer, TKG, § 95 Rn. 28; Hanloser CR 2008, 713, 715). Hierbei müssen vom Nutzer ausdrücklich zu betätigende Handlungen eingefordert werden, wie beispielsweise ein gesondertes Ankreuzen auf einem schriftlichen Formular oder das Anklicken im Rahmen eines elektronischen Vertragsschlusses (vgl. oben 1.)

Sofern eine Einwilligung im Zuge einer verbotenen Koppelung eingeholt wurde, sind weder der Vertrag über die Dienstleistung noch die Einwilligung in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung von §§ 134, 139 BGB von Anfang an unwirksam, sondern die **Unwirksamkeit** bezieht sich **nur auf die Koppelung** (Scheurle/Mayen, TKG, § 95 Rn. 83). Der Anbieter darf bei einem Widerruf der Einwilligung in Bezug auf den Vertrag der Dienstleistung keine rechtlichen Konsequenzen

herleiten, wie beispielsweise ein Sonderkündigungsrecht (Scheurle/Mayen, TKG, § 95 Rn. 84). Über die Wirksamkeit einer im Wege verbotener Koppelung eingeholten Einwilligung muss im Einzelfall unter Würdigung der besonderen Umstände entschieden werden. Etwa keine offenkundige Beeinträchtigung der Freiwilligkeit liegt dann vor, wenn ein Angebot mit der Einwilligung verknüpft wird, die Verbindung aber von keiner Vertragsseite beanstandet wurde und der Anbieter weder die Verbotenheit kannte oder kennen musste noch besonders auf die Einwilligung gedrängt hat (Scheurle/Mayen, TKG, § 95 Rn. 85). In einem solchen Fall ist die Einwilligung als zunächst wirksam anzusehen. Dagegen ist eine Unwirksamkeit auf jeden Fall bei Drohungen oder Täuschungen anzunehmen. Daneben kann eine Unwirksamkeit der Einwilligung angenommen werden, wenn der Anbieter den Nutzer zur Eile drängt (Scheurle/Mayen, TKG, § 95 Rn. 86).

Liegt das Koppelungsverbot vor, muss der Anbieter den Zugang sowohl mit als auch ohne Einwilligung in andere Verwendungszwecke anbieten. Das Koppelungsverbot von Vertragsabschluss und Einwilligung soll aufgrund seiner Einschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit auf die Fälle begrenzt sein, in denen dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Gegenleistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist (BT-Drucks. 16/12011, S. 33). Besonders erfasst werden sollen durch die Neuformulierung die Konstellationen, in denen die marktbeteiligten Unternehmen für sich genommen jeweils keine marktbeherrschende Stellung besitzen und dem Betroffenen daher ein Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen an sich in zumutbarer Weise möglich ist (BT-Drucks. 16/12011, S. 33). Als Beispiel erwähnt die Gesetzesbegründung Absprachen unter den marktbeteiligten Unternehmen. Erläuternd verweist die Gesetzesbegründung darauf: „Ein Zugang ist nicht in zumutbarer Weise möglich, wenn er nur mit Einwilligung nach Abs. 3 S. 1 möglich ist".

Abgelehnt wurde ein Vorschlag des Bundesrats, die Einschränkung des Koppelungsverbots auf Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung aufzuheben (BT-Drucks. 16/12011, S. 42 f.). Zu Recht weist der Bundesrat daraufhin, dass ohnehin das Koppelungsverbot nach geltendem Recht sich nicht nur auf marktbeherrschende Unternehmen beziehen muss (BT-Drucks. 16/12011, S. 43). Denn nach § 4a Abs. 1 S. 1 BDSG ist eine Einwilligung nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht, also ohne Zwang erfolgt. Die Einwilligung wird nur solange akzeptiert, wie sich die Betroffenen nicht in einer Situation befinden, die sie faktisch dazu zwingt, sich mit dem Zugriff auf ihre jeweils verlangten Daten einverstanden zu erklären. Insofern bestehen jetzt durch die zu enge Fassung des Koppelungsverbotes Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich § 4a Abs. 1 S. 1 BDSG.

3. Elektronische Einwilligung

Als nächster Ermächtigungstatbestand ist die nicht schriftlich erteilte Einwilligung anzusehen, die in § 28 Abs. 3 S. 1 ausdrücklich vorgesehen ist (anders noch der Bundesrat, der einen Ausschluss mündlicher Einwilligungserklärungen verlangt hatte; BR-Drucks. 4/09, S. 12). Die weiteren formalen Bedingungen für eine solche nicht schriftlich erteilte Einwilligung steht in § 28 Abs. 3a. Hiernach hat die verantwortliche Stelle im Falle der nicht schriftlich erteilten Einwilligung dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich zu bestätigen. Die Bestätigung ist keine Willenserklärung, sondern eine Wissenserklärung. Als Tatsachenfeststellung kann man sie dagegen wohl nicht bezeichnen, weil zur Tatsachenfeststellung nur Gerichte befugt sind.

Bis zum **Zugang der Bestätigung** ist die qualifizierte Einwilligung schwebend unwirksam. Die verantwortliche Stelle hat somit ein starkes Eigeninteresse, die Bestätigung alsbald vor der ersten werblichen Verwendung der Daten zugehen zu lassen. Es verbleibt ihr aber auch die Möglichkeit, den Schwebezustand durch eine Nachholung der Bestätigung – aus Kostengründen etwa bei der nächsten schriftlichen Korrespondenz – zu beenden. Sie beseitigt dadurch zugleich die Wiederholungsgefahr für eine Rechtsverletzung. Dass § 28 Abs. 3a S. 1 BDSG n. F. keine „unverzügliche" Bestätigung for-

dert, ist somit unschädlich. Verlangt wird ein Brief, nicht etwa eine Mail. Dies steigert den Aufwand insbesondere in Fällen erheblich, in denen sich der Kunde zunächst telefonisch beim Unternehmer gemeldet hatte, um Informationen zu erhalten, und hierbei seine Einwilligung abgegeben hat.

Als Alternative zur schriftlichen Bestätigung gilt das **elektronische Einwilligungsverfahren**, das schon aus § 13 Abs. 2 TMG und § 94 TKG bekannt ist (BT-Drucks. 16/12011, S. 33). Bei einer nicht schriftlichen Einwilligung muss die Einwilligung elektronisch erklärt sein. Ferner muss die verantwortliche Stelle sicherstellen, dass die Einwilligung protokolliert wird und der Betroffene deren Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. Damit wird im Interesse des Betroffenen die Information sichergestellt, wann und in welchem Umfang er elektronisch eingewilligt hat. Dies kann regelmäßig durch Speicherung der elektronischen Einwilligung erfolgen. Um dem Zweck der Protokollierung Rechnung zu tragen, sind jedenfalls der Inhalt sowie der Zeitpunkt der Einwilligung zu speichern. Der Betroffene ist nicht zur Protokollierung seiner Einwilligung verpflichtet. Die gespeicherte Einwilligung stellt ihrerseits ein personenbezogenes Datum dar (BeckTKG-Komm/Büttgen, § 94 TKG Rn. 8). Daher muss der Verpflichtete sicherstellen, dass nur der Betroffene die Einwilligung abrufen kann. Es ist daher erforderlich, dass die Information über eine abgegebene Einwilligung nur über ein Zugriffsberechtigungssystem abgerufen werden kann. Der Betroffene hat das Recht, die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen zu können. Der Widerrufende kann nicht die sofortige Umsetzung des Widerrufs verlangen; er darf nur eine Umsetzung unverzüglich, d. h. in einem zeitlich angemessenen Geschäftsablauf erwarten. Die Nutzung der Daten zwischen Zugang des Widerrufs und der technischen Umsetzung ist rechtmäßig.

Hinweis:

Das elektronische Verfahren ist nur **ausnahmsweise** als Alternative zur schriftlichen Bestätigung zugelassen, wie die Formulierung „es sei denn" zeigt. Eine besondere Verpflichtung zur technischen Hervorhebung des Textes besteht nicht; § 28 Abs. 3a S. 2 gilt nur bei schriftlich erteilter Einwilligungserklärung. Anders als nach § 13 Abs. 3 S. 1 TMG besteht keine Hinweispflicht auf das Widerrufsrecht (unklar ist, wieso das Recht hier als Widerrufsrecht bezeichnet worden ist, während § 28 Abs. 4 vom Widerspruchsrecht spricht). Auch für die elektronisch erteilte Willenserklärung gilt nunmehr allgemein das Koppelungsverbot (§ 28 Abs. 3b).

◆