

von Rechtsanwalt Jan Lennart Müller

Wann ist eine Einwilligung eigentlich "freiwillig" erteilt im Sinne der DSGVO?

Auch unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung stellt die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit.a DSGVO einen bedeutsamen Erlaubnisatbestand für die Datenverarbeitung dar. Eine wesentliche Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist die sog. "Freiwilligkeit" gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO. Wir haben uns daher einmal der Frage gewidmet, wann eine Einwilligung im Sinne der DSGVO freiwillig erteilt wird und was es mit dem sog. Kopplungsverbot auf sich hat.

Einwilligung muss "freiwillig" sein im Sinne des Art. 7 Abs. 4 DSGVO

Die Bedingungen an das Vorliegen einer wirksamen Einwilligungen hält Art. 7 DSGVO parat:

"Artikel 7

Bedingungen für die Einwilligung

- (1) Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.*
- (2) 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. Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.*
- (3) Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.*
- (4) 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 Einwilligung ist gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO nur dann **wirksam**, wenn sie auch **freiwillig**, d.h. **ohne jeden Druck oder Zwang**, abgegeben werden kann.

Nach Erwägungsgrund 42 die Datenschutz-Grundverordnung eine echte Wahlfreiheit der betroffenen Person, die darüber in der Lage sein soll, die Einwilligung zu **verweigern** oder **zurückzunehmen**, ohne dadurch Nachteile zu erleiden.

Voraussetzungen an die Freiwilligkeit

Eine Einwilligung ist dann **freiwillig** erteilt, wenn zum einen kein sog. "**klares Ungleichgewicht**" besteht und zum anderen kein Verstoß gegen das "**sog. Kopplungsverbot**" vorliegt.

Wann liegt ein sog. "klares Ungleichgewicht" vor?

Von einem **klaren Ungleichgewicht** soll dann auszugehen sein, wenn in Anbetracht aller Umstände im speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung ohne Zwang abgegeben wurde. Ein solches Ungleichgewicht könne nach Erwägungsgrund 43 der Datenschutz-Grundverordnung in besonderen Fällen bestehen, insbesondere wenn es sich bei dem für die Verarbeitung Verantwortlichen um eine Behörde handelt.

Der entsprechende Erwägungsgrund 43 S. 1 lautet hierbei wie folgt:

"Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern."

Die explizite Erwähnung des Behördenbegriffs im Erwägungsgrund 43 zur Datenschutz-Grundverordnung lässt den Schluss zu, dass der Ordnungsgeber hauptsächlich Zwangssituationen, die durch ein rechtliches **Über-Unterordnungsverhältnis** gekennzeichnet sind, vor Augen hatte. Die IT-Recht Kanzlei geht bislang **nicht** davon aus, dass im Verhältnis zwischen Online-Händler und Kunden (bzw. Newsletterbesteller) ein solches Über-Unterordnungsverhältnis besteht. Daher dürfte im Falle eines Newsletteranbieters (= Online-Händler) und eines Newsletterbestellers nicht davon auszugehen sein, dass ein solches klares Ungleichgewicht besteht.

Sog. "Kopplungsverbot" beachten!

Die Datenschutz-Grundverordnung führt darüber hinaus ein sogenanntes **Kopplungsverbot** ein, hierbei soll bei der Beurteilung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde, in besonderem Maße dem Umstand Rechnung getragen werden, ob unter anderen 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.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob das Kopplungsverbot als **absolutes** oder **relatives** anzusehen ist. Ein absolutes Kopplungsverbot liegt vor, wenn man **jedwede Kopplung** der Einholung einer Einwilligung zur Datenverarbeitung an die Erfüllung eines Vertrags als unzulässig betrachten würde.

Aufgrund Erwägungsgrund 43 der Datenschutz-Grundverordnung vertreten einige Juristen die Ansicht, dass das Kopplungsverbot **absolut** zu verstehen sei:

"Erwägungsgrund 43 S.2 zur DSGVO: Die Einwilligung gilt nicht als frei mitgeteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist."

Die besseren Gründe sprechen allerdings für eine **relatives** Kopplungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DSGVO zu sehen, denn: ein absolutes Kopplungsverbot, welches die informationelle Privatautonomie des Einzelnen einschränken, dessen personenbezogene Daten sogar gegen den ausdrücklichen Willen des Betroffenen vor Innovationen schützt, wäre mit Blick auf die Grundrechts-Charta und der dort verankerten Hoheit des einzelnen über seine Daten sowie das Recht auf freiwillige Offenbarung der eigenen personenbezogenen Daten kaum vertretbar (Heckmann/Paschke in Ehmann/Selmayr, Kommentar zur DSGVO, Rn. 53 zu Art. 7 DSGVO).

Vielmehr ist eine Abwägung hinsichtlich der Beurteilung, ob die Einigung freiwillig erteilt wurde, vorzunehmen. Ob eine datenschutzrechtliche Einwilligung freiwillig ergangen ist, bedarf hierbei immer der Einzelfallbetrachtung, auf deren Umstände die Abwägung basiert.

Update vom 17.01.2019:

Der Oberste Gerichtshof aus Wien (OGH) hat in einem Urteil vom 31.08.2018 (Az. 6 Ob 140/18h) zu der Frage Stellung genommen, wie mit dem Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO umzugehen ist. Hierzu entschied der OGH unter anderem:

"Bei der Kopplung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten 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 Entscheidung kann [hier](#) abgerufen werden.

Problematische Fälle in der Praxis

Online-Händler sehen sich in manch einer Situation vor die Herausforderung gestellt, eine Einwilligung in einen Datenverarbeitungsvorgang im Umfeld eines Kaufvertragsschlusses einholen zu wollen. Als Beispiel dient z.B. die E-Mailadressweitergabe an einen Paketdienstleister zu Paketankündigungszwecken.

In solch einem Fall ist die Einholung einer Einwilligung erforderlich, wenn die E-Mailadresse an den Paketdienstleister weitergegeben werden soll (eine Mindermeinung vertritt zwar die Ansicht, dass die Weitergabe auch durch sog. **berechtigte Interessen** gerechtfertigt sei, dieser Auffassung hat sich die IT-Recht Kanzlei **nicht** angeschlossen!).

Vertritt man den Ansatz eines absoluten Kopplungsverbots, wäre die verpflichtende Einholung der Einwilligung unzulässig. Dem Kunde müsse auf jeden Fall der Vertragsschluss eröffnet werden, ohne dass seine E-Mailadresse an den Paketdienstleister (zu Paketankündigungszwecken) weitergegeben wird.

Vertritt man die Ansicht eines relativen Kopplungsverbot lässt es sich vertreten, dass eine Einwilligung in die Weitergabe der E-Mail-Adresse an einen Paketdienstleister freiwillig erfolgt, obwohl diese zwingend an den Vertragsschluss bzw. den weiteren Fortgang im Bestellprozess gekoppelt ist.

Solange die Frage nach der Auffassung des Kopplungsverbot in einem absoluten oder relativen Sinn nicht verbindlich geklärt ist, raten wir dazu, die Einholung einer Einwilligung nicht vom Abschluss des Vertrags abhängig zu machen. Im vorstehenden Beispiel sollte daher der Bestellprozess durchlaufen werden können, auch wenn der Kunde nicht seine Einwilligung in die Weitergabe der E-Mailadresse an

den Paketdienstleister erteilt hat.

Erteilt der Kunde allerdings seine Einwilligung zur Weitergabe, kann der Online-Händler beruhigt davon ausgehen, dass die Einwilligung auch **freiwillig** erteilt wurde. **WICHTIG:** Wenn der Kunde seine Einwilligung gerade nicht in die Weitergabe erteilt, darf die E-Mailadresse auch nicht an den Paketdienstleister weitergeleitet werden.

Autor:

RA Jan Lennart Müller

Rechtsanwalt