

Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M., Bremen*

Die Einwilligung in Werbung

INHALT

- I. Einführung
- II. Der rechtliche Ausgangspunkt: Verweis auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben zur Einwilligung
 1. § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG
 2. Art. 16 eP-VO
 3. Sinnhaftigkeit der Verweisteknik?
 - a) Zum wettbewerbsrechtlichen Charakter der § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG
 - b) Privatheitsschutz einerseits, Datenschutz andererseits
- III. Die datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung
 1. Einwilligungsbewusstsein: Opt-in versus Opt-out
 2. Form
 - a) Zulässigkeit einer konkludenten Einwilligung?
 - b) Schriftform
 - c) Transparenz, insbesondere Hervorhebungsgebot
 3. Freiwilligkeit
 4. Informiertheit
 5. Bestimmtheit
 6. Einsichtsfähigkeit
 7. Geltungsdauer und Widerruf
- IV. Fazit

I. Einführung

Werbung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist nach § 7 Abs. 1 S. 1 UWG unzulässig. Selbst-

redend scheidet eine solche unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG dann aus, wenn sich ein Werbeadressat mit bestimmten Werbemaßnahmen einverstanden gezeigt und in diese eingewilligt hat. Teils wird hier bereits die Tatbestandsmäßigkeit der unzumutbaren Belästigung abgelehnt, jedenfalls liefert die Einwilligung aber einen Rechtfertigungsgrund.¹⁾ Spezialgesetzlich ist diese Konstellation in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG geregelt, die die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Telefon-, Fax- und E-Mail-Werbung jeweils davon abhängig machen, ob eine Einwilligung seitens des Werbeadressaten vorliegt oder nicht. Und auch wenn § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG zukünftig einmal durch Art. 16 der geplanten ePrivacy-Verordnung (eP-VO) abgelöst werden sollten, wird sich an diesem Grundsatz nichts ändern. Denn auch nach Art. 16 eP-VO ist die Direktwerbung mittels elektronischer Kommunikationsdienste dann erlaubt, wenn die Werbeadressaten hierzu ihre Einwilligung gegeben haben.²⁾

Was die Anforderungen angeht, die an eine wirksame Einwilligung zu stellen sind, finden sich in UWG und ePrivacy-Verordnung kaum Vorgaben, vielmehr sollen insoweit jeweils die datenschutzrechtlichen Regelungen zur Einwilligung greifen, wie sie nunmehr in der DS-GVO normiert sind. Die folgenden Ausführungen stellen die einschlägigen Anforderungen der DS-GVO an eine Einwilligung dar und gehen der Frage nach, wie diese (datenschutzrechtlichen) Anforderungen in dem spezifischen Kontext von Werbemaßnahmen zu verstehen sind.

1) S. dazu etwa *Gilles*, NJW 1988, 2424, 2431; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 27.

2) Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation); zugrunde gelegt wird hier und im Folgenden die Entwurfsfassung des Rats vom 12.06.2018 (ST 9958 2018 INIT).

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1403.

II. Der rechtliche Ausgangspunkt: Verweis auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben zur Einwilligung

1. § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG

- 3 Die Einwilligung, von der in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG die Zulässigkeit einer Telefon-, Fax- oder E-Mail-Werbung abhängig gemacht wird, ist im UWG nicht näher definiert. Stattdessen ist auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben zurückzugreifen, da § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG den Art. 13 RL 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) umsetzen und diese Richtlinie wiederum für die Einwilligung in ihrem Art. 2 lit. f auf die Definition der Einwilligung in der allgemeinen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG Bezug nimmt.³⁾ Da letztere Richtlinie mit Wirkung vom 25.05.2018 durch die DS-GVO abgelöst worden ist, ist nunmehr der Verweis in RL 2002/58/EG als ein Verweis auf die Vorgaben der DS-GVO zu lesen.⁴⁾ Relevant sind insoweit dann in erster Linie die Definitionsnorm des Art. 4 Nr. 11 DS-GVO sowie Art. 7 DS-GVO (Bedingungen für die Einwilligung).

2. Art. 16 eP-VO

- 4 Ursprünglich war geplant, dass zeitgleich mit dem Geltungsbereich der DS-GVO am 25.05.2018 auch die neue ePrivacy-Verordnung gilt, welche die bisherige RL 2002/58/EG ablösen und als Verordnung ebenso wie die DS-GVO dann unmittelbar gelten soll. Wenig überraschend hat sich dieser ambitionierte Zeitplan als unrealistisch erwiesen und es bleibt abzuwarten, wann die ePrivacy-Verordnung tatsächlich in Kraft treten und gelten wird; nach derzeitigem Stand wird davon ausgegangen, dass Anfang 2019 die Trilog-Verhandlungen beginnen können. Während manche Regelungen noch immer intensiv diskutiert werden, insbesondere Art. 8 (Schutz der Endgeräte der Nutzer) sowie Art. 10 (Dateneinstellungen der Software), besteht hinsichtlich Art. 16 (Unerbetene Kommunikation) zumindest in seinen Grundzügen Einigkeit. Inhaltlich entspricht die Regelung des Art. 16 eP-VO weitgehend dem bisherigen Art. 13 RL 2002/58/EG, indem sie die Zulässigkeit einer Direktwerbung über elektronische Kommunikationsdienste an eine Einwilligung des Werbeadressaten knüpft. Erweitert ist allerdings der Anwendungsbereich der Vorschrift, da Art. 16 eP-VO jegliche Form der elektronischen Kommunikation zum Zweck der Direktwerbung erfasst.⁵⁾ Was die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung angeht, bleibt es auch unter der ePrivacy-Verordnung dabei, dass insoweit auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben verwiesen wird; im Kommissionsentwurf findet sich ein entsprechender Verweis in Art. 9 Abs. 1, in der aktuellen Entwurfsfassung des Rats⁶⁾ in Art. 4a Abs. 1 eP-VO.

3. Sinnhaftigkeit der Verweisteknik?

- 5 Die Technik des Verweises mag Papier sparen, sachgerecht ist ein Rückgriff auf sie jedoch nur, wenn auch die Konsequenzen inhaltlich stimmig sind. Bei einem Verweis aus dem Wettbewerbsrecht in das Datenschutzrecht ist dies nicht selbstverständlich der Fall, da beide Rechtsgebiete jeweils unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen und sich gerade bei der Einwilligung die Frage stellt, ob die strengen rechtlichen Anforderungen, wie sie das Datenschutzrecht aufstellt, auch für das Wettbewerbsrecht passen.

a) Zum wettbewerbsrechtlichen Charakter der § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG ohnehin einen Fremdkörper im UWG darstellen.⁷⁾ Die Regelungen setzen die Vorgaben einer Richtlinie um (RL 2002/58/EG), die keine wettbewerbsrechtliche Zielsetzung verfolgt, sondern ausweislich ihres Titels den Schutz der Privatsphäre sowie den Schutz personenbezogener Daten gewährleisten soll.⁸⁾ Gleiches gilt auch für Art. 16 eP-VO, der künftig § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG ablösen wird. Auch die ePrivacy-Verordnung hat keinerlei wettbewerbsrechtlichen Charakter, sondern hat sich dem Schutz der Grundrechte aus Art. 7 und Art. 8 GRCh verschrieben: der Achtung des Privatlebens sowie dem Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation. Spätestens die Ablösung von § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG durch Art. 16 eP-VO sollte daher zum Anlass genommen werden, die entsprechenden Regelungen zur Zulässigkeit der Direktwerbung endgültig aus dem UWG-Kontext zu lösen. Einschlägig ist stattdessen, soweit es um die *wettbewerbsrechtliche* Zulässigkeit der Direktwerbung mittels elektronischer Kommunikation geht, die Regelung in Nr. 26 Anh. I der UGP-RL, deren konsequente Umsetzung im UWG bislang aber noch aussteht.⁹⁾

b) Privatheitsschutz einerseits, Datenschutz andererseits

Selbst wenn man § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG (und künftig Art. 16 eP-VO) aus dem wettbewerbsrechtlichen Kontext löst und stattdessen bei Art. 7 und Art. 8 GRCh (Privatheit und Datenschutz) verortet, bleibt die Frage, ob und inwieweit der Verweis auf die datenschutzrechtlichen Regelungen zur Einwilligung sachgerecht ist. Zu berücksichtigen ist nämlich auch, dass Art. 16 eP-VO (ebenso wie schon die Vorgängerregelung Art. 13 RL 2002/58/EG) zwar allgemein den Schutz der Privatheit im Sinne des Art. 7 GRCh bezweckt, nicht aber auch den Datenschutz im engeren Sinne nach Art. 8 GRCh. Es geht beim Schutz vor unerbetener werblicher Kommunikation nicht darum, das Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung zu schützen, also zu gewährleisten, dass personenbezogene Daten nicht ohne Einwilligung der betroffenen Person (oder eine andere Rechtsgrundlage) verarbeitet werden. Vielmehr geht es schlicht darum, dass der Einzelne in Ruhe gelassen wird und ihm ein Rückzugsraum verbleibt, in dem er nicht gestört wird.¹⁰⁾ Oder anders formuliert: Es geht – im Sinne des anglo-amerikanischen „right to privacy“ – um das „right to be let alone“ als eine Ausprägung von Privatleben i. S. d. Art. 7 GRCh.¹¹⁾ Entsprechend dürfen daher aber auch die rechtlichen Anforderungen an eine Einwilligung, wie sie das Datenschutzrecht aufstellt, nicht schematisch eins zu eins auf die Einwilligung in Werbung übertragen werden, sondern müssen vielmehr im Lichte der jeweils unterschiedlichen Schutzziele verstanden werden.

III. Die datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung

Seit 25.05.2018 gelten für die datenschutzrechtliche Einwilligung die Vorgaben der DS-GVO. Von Relevanz sind in erster Linie Art. 4 Nr. 11 DS-GVO mit einer Definition der Einwilligung sowie Art. 7 DS-GVO, der ausweislich seiner Überschrift die „Bedingungen für die Einwilligung“ normiert. Ergänzend sind die Erwä-

7) Köhler, WRP 2017, 253 Rn. 45; Ohly, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 1), § 7 Rn. 10.

8) Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation).

9) Ausführlich dazu Köhler, WRP 2017, 1025 Rn. 70 ff. mit Vorschlägen de lege ferenda.

10) S. zu diesem Aspekt schon BVerfG, 16.07.1969 – 1 BvL 19/63, NJW 1969, 1707 – Mikrozensus.

11) Vgl. Nebel, ZD 2015, 517, 521.

3) Vgl. zuletzt BGH, 01.02.2018 – III ZR 196/17, WRP 2018, 442, Rn. 19 m. w. N. – Einwilligung mit Bezug auf mehrere Werbekanäle.

4) Gemäß Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO gelten Verweise auf die Datenschutzrichtlinie 95/46 EG als Verweise auf die DS-GVO.

5) Köhler, WRP 2017, 1291 Rn. 4.

6) Entwurfsfassung des Rats vom 12.06.2018 (ST 9958 2018 INT).

Buchner, Die Einwilligung in Werbung

gungsgründe zu berücksichtigen, insbesondere Erwägungsgründe 32 f. DS-GVO sowie 42 f. DS-GVO, sowie für die Einwilligung eines Kindes Art. 8 DS-GVO. Die Rechtsnatur der Einwilligung war bislang im Datenschutzrecht umstritten. Unter der DS-GVO ist diese nunmehr unionsrechtsautonom zu bestimmen und sollte daher auch nicht mehr irgendeiner zivilrechtlichen Kategorie (Zustimmung, Willenserklärung, rechtsgeschäftsähnliche Handlung) zugeordnet werden.¹²⁾ Der Sache nach bringt sie das (vorherige) Einverständnis der betroffenen Person mit einem Eingriff in ihr informationelles Selbstbestimmungsrecht bzw. in ihre Privatsphäre zum Ausdruck und stellt damit einen Erlaubnistatbestand dar.

- 9 Als ein solcher Erlaubnistatbestand für eine Datenverarbeitung kommt der Einwilligung im Datenschutzrecht seit jeher eine zentrale Bedeutung zu und daran wird sich auch unter der DS-GVO nichts ändern.¹³⁾ Um zu gewährleisten, dass die Einwilligung dabei auch tatsächlich ein Ausdruck informationeller Selbstbestimmung ist, sieht das Datenschutzrecht eine ganze Reihe von formalen und inhaltlichen Anforderungen vor, die erfüllt sein müssen, damit eine Einwilligung wirksam ist. Zu nennen sind hier in erster Linie die Voraussetzungen eines Einwilligungsbewusstseins sowie der Informiertheit, Freiwilligkeit und Bestimmtheit einer Einwilligung. In ihren Grundzügen schreibt die DS-GVO die rechtlichen Rahmenbedingungen fort, wie sie schon unter der Datenschutz-Richtlinie für die Einwilligung gegolten haben; im Einzelnen bringt die Verordnung aber auch Neuerungen mit sich, etwa wenn es um die Frage des Opt-in und Opt-out geht, um die Beurteilung der Freiwilligkeit oder auch um Formerfordernisse.

1. Einwilligungsbewusstsein: Opt-in versus Opt-out

- 10 Selbstverständliche Wirksamkeitsvoraussetzung jeder Einwilligung ist, dass sich der Einzelne der Erteilung einer solchen überhaupt bewusst ist. Sichergestellt ist dies dann, wenn der Einzelne seine Einwilligung im Wege des sog. Opt-in erteilen muss, er sein Einverständnis also irgendwie *aktiv* zum Ausdruck bringen muss. Mit Geltung der DS-GVO ist dieses Modell des Opt-in für die Einholung einer wirksamen Einwilligung nunmehr ausdrücklich festgeschrieben. Nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO setzt die Einwilligung eine „unmissverständlich“ abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen „eindeutigen“ Handlung voraus. Ergänzend finden sich in Erwägungsgrund 32 DS-GVO Beispiele dafür, wie diese Vorgaben der Eindeutigkeit und Unmissverständlichkeit zu verstehen sind. Unmissverständlich und eindeutig ist danach etwa das Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Website, die Auswahl entsprechender technischer Einstellungen oder auch jede sonstige Erklärung oder Verhaltensweise, „mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert“.
- 11 Dagegen sollen „stillschweigendes Einverständnis, standardmäßig angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person“ keine Einwilligung begründen können. Angesprochen ist damit das (Gegen-)Modell des sog. Opt-out. Dieses Modell des Opt-out lässt es für die Annahme einer Einwilligung bereits ausreichen, dass sich eine entsprechende Einwilligungserklärung vorformuliert in den Vertragsklauseln findet und die betroffene Person – egal ob bewusst oder unbewusst – nichts unternommen hat, um diese Erklärung etwa mittels Durchstreichen oder Wegklicken im konkreten Fall wieder „aus der Welt zu schaffen“.

Lange Zeit ist letztere Variante des Opt-out als Grundlage für eine wirksame Einwilligung im Datenschutzrecht überwiegend akzeptiert worden.¹⁴⁾ Auch der BGH ist in seiner Payback-Entscheidung davon ausgegangen, dass es für eine wirksame – datenschutzrechtliche – Einwilligung ausreicht, wenn diese im Wege des Opt-out eingeholt worden ist.¹⁵⁾

Aus datenschutzrechtlicher Perspektive konnte diese Sichtweise schon vor Geltung der DS-GVO nicht überzeugen.¹⁶⁾ Was die Payback-Entscheidung des BGH angeht, ist diese zudem auch in sich widersprüchlich, da der Gerichtshof in derselben Entscheidung für die Einwilligung in SMS- und E-Mail-Werbung plötzlich andere Maßstäbe anlegt und insoweit für deren Wirksamkeit ein Opt-in verlangt. Der BGH beruft sich hierfür auf europarechtliche Vorgaben, obwohl diese europarechtlichen Vorgaben für beide Varianten der Einwilligung, egal ob in Datenverarbeitung oder in Werbung, seit jeher dieselben sind: In beiden Fällen gelten die Vorgaben der Datenschutz-Richtlinie, im Fall der Datenverarbeitung unmittelbar, im Fall der Werbung mittelbar.¹⁷⁾ So oder so haben sich aber mit Geltung der DS-GVO alle Diskussionen und Unklarheiten rund um Opt-in und Opt-out erledigt, da die DS-GVO wie gerade dargelegt allen Varianten des Opt-out endgültig eine Absage erteilt hat.

2. Form

Eng zusammen mit den gerade angesprochenen Vorgaben der Eindeutigkeit und Unmissverständlichkeit hängt die Frage, in welcher Form eine Einwilligung zu erteilen ist.

a) Zulässigkeit einer konkludenten Einwilligung?

Aus der Formulierung in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO („Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung“) wird in der datenschutzrechtlichen Literatur geschlossen, dass eine Einwilligung nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erteilt werden kann.¹⁸⁾ Dafür scheint auch zu sprechen, dass in Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO für den Fall einer Verarbeitung besonders schutzwürdiger Daten als zusätzliches Erfordernis eine Ausdrücklichkeit der Einwilligung verlangt wird, bei „normalen“ Daten im Umkehrschluss also offensichtlich auch eine Einwilligung ausreicht, die nicht ausdrücklich erteilt worden ist. Mit Blick auf § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG stellt sich dann allerdings die Frage, inwieweit sich deren Vorgabe einer Ausdrücklichkeit noch mit den Regelungen der DS-GVO in Einklang bringen lässt.¹⁹⁾

Letztlich ist dieser Widerspruch jedoch nur ein scheinbarer, bedingt vor allem dadurch, dass der Dualismus von „ausdrücklich“ und „konkludent“ eine Eindeutigkeit vorgibt, die so tatsächlich nicht besteht, da den Begrifflichkeiten im Datenschutz- und im Wettbewerbsrecht jeweils eine andere Bedeutung zugeschrieben wird. Wenn die DS-GVO in Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO für die Verarbeitung besonders schutzwürdiger Daten eine ausdrückliche Einwilligung voraussetzt, ist dies in einem inhaltlichen Sinne zu verstehen: Aus der Einwilligung selbst muss sich eindeutig ergeben, dass gerade *besonders schutzwürdige Daten* für bestimmte Zwecke verarbeitet werden dürfen. Und wenn von

14) Aus der Rechtsprechung s. v. a. die Payback-Entscheidung des BGH: BGH, 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, WRP 2008, 2426 – Payback (dazu sogleich) sowie auch noch in der jüngeren Vergangenheit etwa OLG Frankfurt a. M., 17.12.2015 – 6 U 30/15, DuD 2016, 246.

15) BGH, 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, WRP 2008, 2426 – Payback.

16) Ausführlich dazu Buchner, DuD 2010, 39, 42 f.

17) Zu dieser mittelbaren Geltung infolge Verweisung s. bereits oben Rn. 3.

18) S. etwa Stemmer, in: Wolff/Brink (Fn. 13), DS-GVO Art. 7 Rn. 81; Diekmann, in: Krenng/Lachenmann, Datenschutz-RFormHdB, 2. Aufl. 2018, Art. 7 § 4 Rn. 1; Krohm, ZD 2016, 368, 371.

19) Zu dieser Frage (insb. zur Vereinbarkeit mit den Regelungen der (Vorgänger-)Richtlinie 2002/58/EG) s. Köhler, in: Börnkamm/Fedderson/Köhler, UWG, 36. Aufl. 2018, § 7 Rn. 145a.

12) Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 1a.

13) Albers/Veit, in: Wolff/Brink, Beck'scher Online-Kommentar, DS-GVO Art. 6 Rn. 19; Buchner/Kühling, DuD 2017, 544, 545; Ernst, ZD 2017, 110; Stemmer, in: Wolff/Brink, DS-GVO Art. 7 Rn. 1; Wendehorst/v. Westphalen, NJW 2016, 3745.

Buchner, Die Einwilligung in Werbung

einer konkludenten Einwilligung im Datenschutzrecht die Rede ist, scheint sich dies auf jede Form einer Einwilligung zu beziehen, die nicht *expressis verbis* mittels Worten erfolgt, sondern durch irgendeine andere „bestätigende Handlung“ (Nicken, Anklicken etc.). Das Wettbewerbsrecht (und auch das Zivilrecht) wählen demgegenüber eine andere Herangehensweise. Entscheidend ist hier für die Abgrenzung zwischen ausdrücklicher und konkludenter Erklärung, ob das Gewollte in einer Erklärung (bzw. bestätigenden Handlung) *unmittelbar* seinen Ausdruck findet oder aber eine Verhaltensweise lediglich *mittelbar* den Schluss auf einen bestimmten Willen zulässt.²⁰⁾

- 16 Im letzteren Fall einer lediglich mittelbaren („konkludenten“) Willensbekundung würde das Datenschutzrecht jedoch gerade keine wirksame Einwilligung mehr bejahen, schon weil eine solche Form der Willensbetätigung regelmäßig weder unmissverständlich noch eindeutig i. S. d. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO ist. Verwiesen sei hier nur auf das Beispiel der Inanspruchnahme einer bestimmten Leistung.²¹⁾ Zivilrechtlich mag dies zwar unter bestimmten Voraussetzungen als eine konkludente Willenserklärung einzuordnen sein. Datenschutzrechtlich ist ein solches Verhalten jedoch ohne Relevanz, egal ob man darin eine „konkludente“ Willensbetätigung sehen möchte oder nicht, da es jedenfalls an der Unmissverständlichkeit und Eindeutigkeit einer solchen Willensbetätigung fehlt.²²⁾ Viel spricht daher dafür, von der Kategorie einer konkludenten Einwilligung ganz Abstand zu nehmen und stattdessen für die Wirksamkeit einer Einwilligung allein darauf abzustellen, ob diese im konkreten Einzelfall unmissverständlich und eindeutig erfolgt ist. Eben in diesem Sinne ist dann auch die Vorgabe einer ausdrücklichen Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG auszulegen.

b) Schriftform

- 17 Dass die Einwilligung auch schriftlich abgegeben wird, verlangt die DS-GVO, anders als noch § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG a. F., nicht. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass nach Art. 7 Abs. 1 DS-GVO die Beweislast dafür, dass die betroffene Person eine Einwilligung erteilt hat, bei der verantwortlichen Stelle liegt. Dieser Nachweis wird regelmäßig nur dann zu führen sein, wenn die Einwilligung zumindest in Textform (z. B. E-Mail) eingeholt worden ist.²³⁾

c) Transparenz, insbesondere Hervorhebungsgebot

- 18 Für den Fall, dass eine Einwilligung „durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft“, erfolgt, ist zusätzlich noch Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO zu beachten. Die Vorschrift verlangt die transparente Ausgestaltung einer solchen schriftlichen Erklärung. Das Ersuchen um eine Einwilligung muss hier „in verständlicher und leicht zugänglicher Form“ sowie „in einer klaren und einfachen Sprache“ erfolgen, damit es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Geregelt ist damit zum einen das sog. Hervorhebungsgebot, wonach eine Einwilligung, soll sie zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, besonders herauszustellen ist: Die Einwilligung muss so platziert sein, dass sie die betroffene Person nicht übersehen kann, beispielsweise durch einen größeren Abstand zum übrigen Text, durch eine Einrahmung oder Hervorhebung mittels Fettdruck o. Ä. Darüber hinaus fordert Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO aber nicht nur eine gestalterische, sondern

auch eine inhaltliche Transparenz.²⁴⁾ Die Einwilligungsklausel muss, um der Vorschrift zu genügen, der betroffenen Person auch in inhaltlicher Hinsicht nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ einer Einwilligungserteilung in einer klaren und einfachen Sprache vor Augen führen.

3. Freiwilligkeit

Art. 4 Nr. 11 DS-GVO definiert die Einwilligung als eine Erklärung, die „freiwillig“ abgegeben werden muss. Legitimationsgrundlage für eine Verarbeitung personenbezogener Daten kann die Einwilligung nur sein, wenn sich die betroffene Person bei Erteilung ihrer Einwilligung nicht in einer faktischen Zwangssituation befindet. Von einer solchen Zwangssituation geht die DS-GVO aus, wenn zwischen betroffener Person und Datenverarbeiter ein „klares Ungleichgewicht“ besteht und es daher „in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist“, dass die Einwilligung freiwillig erteilt worden ist (Erwägungsgrund 34 DS-GVO). Beispielhaft wird in den Erwägungsgründen die Konstellation angeführt, dass es sich bei dem für die Verarbeitung Verantwortlichen um eine Behörde handelt.

Ausdrücklich stellt die DS-GVO für die Frage der Freiwilligkeit einer Einwilligung auf die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls ab. Nicht ausreichend wäre es daher, allein unter Verweis auf die abstrakten Größen- oder Machtverhältnisse zwischen den Beteiligten ein klares Ungleichgewicht und damit eine Unfreiwilligkeit der Einwilligung anzunehmen.²⁵⁾ Vielmehr ist – auch im Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmen – ein klares Ungleichgewicht nur dann anzunehmen, wenn die konkreten Umstände des Einzelfalls ein solches belegen können, etwa weil der Einzelne im konkreten Fall auf die Dienstleistungen oder Produkte eines bestimmten Unternehmens angewiesen ist und dieses Unternehmen insoweit eine Monopolstellung am Markt hat.²⁶⁾

Nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO ist bei der Frage der Freiwilligkeit einer Einwilligung zudem auch zu berücksichtigen, ob die Erfüllung eines Vertrags von der Einwilligung in eine Verarbeitung von Daten abhängig gemacht wird, „die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist.“ Als unfreiwillig ist eine Einwilligung also dann einzuordnen, wenn sie eine Datenverarbeitung legitimieren soll, die über das hinausgeht, was für eine Vertragserfüllung erforderlich ist. Übertragen auf die Einwilligung in Werbemaßnahmen heißt dies, dass von der Unfreiwilligkeit einer Einwilligung in Werbemaßnahmen eher auszugehen ist, wenn diese Werbemaßnahmen für die Vertragserfüllung nicht erforderlich sind – wovon im Regelfall auszugehen ist. Insoweit unterscheidet sich die Werbe- von der Datenverarbeitungskonstellation. Anders als bei der Werbung sind bei der Datenverarbeitung durchaus viele Konstellationen denkbar, in denen der Datenverarbeitung eine unverzichtbare Funktion als Entscheidungs- und Kalkulationsgrundlage für das konkrete Rechtsgeschäft zukommt, etwa wenn Versicherer einen Versicherungsschutz von der Kenntnis des Risikoprofils eines Versicherungsinteressenten abhängig machen oder vorleistungspflichtige Unternehmen ihre Leistung von der Kenntnis der Bonität ihrer Kunden.²⁷⁾

Im Werbekontext ist demgegenüber eine „Erforderlichkeit“ der werblichen Ansprache nur dann denkbar, wenn der Werbende eben die Möglichkeit der werblichen Ansprache zum eigent-

20) In diesem Sinne für das Zivilrecht *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, Einf. v. § 116 Rn. 6 und vergleichbar für das Wettbewerbsrecht *Köhler*, in: *Bornkamm/Fedderson/Köhler* (Fn. 19), § 7 Rn. 145b.

21) S. etwa das Beispiel bei *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 494: „Mit dem Betreten unseres Einkaufszentrums willigen Sie in die Videoüberwachung ein“.

22) *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 58.

23) Vgl. *Diekmann*, in: *Koreng/Lachenmann* (Fn. 18), Art. 7 § 4 Rn. 1.

24) *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 25.

25) *Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof*, Einführung in das Datenschutzrecht, 6. Aufl. 2018, Kap. 4.2.2.1.2.; ebenso *Wolff*, in: *Schantz/Wolff* (Fn. 21), Rn. 512.

26) Vgl. *Schulz*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 27; *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 44; *Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof* (Fn. 25), Kap. 4.2.2.1.2.

27) Vgl. *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 12), Art. 7 Rn. 47.

lichen Gegenstand einer Vereinbarung mit dem Werbeadressaten macht, er sich also gewissermaßen die Erlaubnis zur Direktwerbung mit einem bestimmten Leistungsversprechen „erkaufen“ möchte. In dieser Konstellation, wenn gerade die Einwilligung in Werbung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Leistung des Werbenden steht, dessen Leistung also an die Einwilligung in Werbung gekoppelt ist, kann diese Koppelung mit Rücksicht auf die Wertung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO ausnahmsweise als zulässig eingeordnet werden – ebenso wie ja auch sonst eine Koppelung von Leistung und Gegenleistung bei Vertragsschlüssen unproblematisch ist.

- 23 Generell ist davon auszugehen, dass die Freiwilligkeit im Werbekontext bei weitem nicht die Problematik mit sich bringt wie im Datenschutzkontext. Soweit es um die Verarbeitung personenbezogener Daten geht, sind viele Anbieter auf eine solche angewiesen, weil ihr Geschäftsmodell einer „kostenlosen“ Leistung nur dann funktioniert, wenn sie in diesem Zusammenhang dann zumindest die personenbezogenen Daten ihrer Nutzer wirtschaftlich verwerten können. Die Anbieter kommen in solchen Konstellationen also gar nicht umhin, ihren Nutzern im Stile des „take it or leave it“ eine Einwilligung in die Datenverarbeitung abzuverlangen. Was demgegenüber die Möglichkeit der Direktwerbung angeht, ist eine dahingehende Einwilligung der Nutzer regelmäßig lediglich ein „nettes Add-on“, nicht aber ein Umstand, von dem das Geschäftsmodell der Unternehmen als solches abhängt.

4. Informiertheit

- 24 Nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO muss jede Einwilligung „in informierter Weise“ abgegeben werden. Die betroffene Person muss abschätzen können, welche Auswirkungen die Erteilung einer Einwilligung hat, sie muss die Umstände der Datenverarbeitung und die Tragweite ihrer Einwilligung eindeutig und klar erkennen können (sog. informed consent). Dabei müssen ihr die relevanten Informationen so präsentiert werden, dass sie diese auch ohne besondere juristische und/oder technische Vorbildung nachvollziehen und verstehen kann.²⁸⁾
- 25 Der Grundsatz der informierten Einwilligung ist Ausprägung des allgemeinen datenschutzrechtlichen Transparenzgebots, dessen Wahrung wiederum eine der zentralen Zielsetzungen der DS-GVO ist. Zugleich ist aber eben diese Transparenz oftmals eine mehr oder weniger unerreichbare Idealvorstellung, weil die Datenverarbeitungsprozesse im Einzelnen viel zu komplex, vielfältig und undurchsichtig sind, als dass sie mittels Informationen dem Einzelnen nachvollziehbar und verständlich vermittelt werden könnten.
- 26 Bei der Einwilligung in eine werbliche Ansprache wird sich dagegen ein vergleichbares Transparenzproblem kaum jemals stellen. Die werbliche Ansprache mittels Telefon, E-Mail u. Ä. ist nicht sonderlich komplex, der Informationsaufwand ist insoweit überschaubar. Ebenso wenig ist werbliche Ansprache irgendwie intransparent, sie findet nicht im Verborgenen statt, der Einzelne merkt vielmehr ungeschwer, wenn beim Abendessen das Telefon klingelt oder das E-Mail-Postfach mit Werbemails gefüllt ist. Aus all diesen Gründen ist daher die Informiertheit der Einwilligung in Werbemaßnahmen anders als im Datenverarbeitungskontext regelmäßig keine Hürde, die schwer zu nehmen ist, um eine Wirksamkeit der Einwilligung zu gewährleisten.

5. Bestimmtheit

- 27 Nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO muss eine Einwilligung in die Datenverarbeitung „für einen oder mehrere festgelegte Zwecke“ erteilt werden. Aus Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO, der den Zweck-

bindungsgrundsatz allgemein regelt, folgt zudem, dass diese Zweckfestlegung „eindeutig“ sein muss. Für die betroffene Person muss sich aus der Einwilligungsklausel klar erkennen lassen, welche Daten in welchem Umfang und zu welchem Zweck verarbeitet werden. Pauschale Einwilligungsklauseln, die sich nicht auf bestimmte Verarbeitungszwecke beschränken, sind demgegenüber unwirksam.

Übertragen auf den Werbekontext heißt dies, dass auch eine pauschale Einwilligung in werbliche Ansprache unwirksam ist. Nicht ausreichend ist es daher etwa, wenn der Einzelne allgemein „in Direktwerbung“ o. Ä. einwilligt, ohne dass näher festgelegt wird, wer konkret werben darf, welche Werbekanäle erlaubt sein sollen (E-Mail, Telefon, SMS, MMS etc.) und in welchem inhaltlichen Kontext sich die Werbenachrichten bewegen sollen, insbesondere welche Waren oder Dienstleistungen beworben werden sollen.²⁹⁾ Auch Zeitraum und Häufigkeit der erlaubten Werbung müssen sich aus der Einwilligung ergeben.³⁰⁾ Unproblematisch ist es, wenn sich eine Einwilligung der betroffenen Person auf mehrere Werbekanäle bezieht; der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt insoweit nicht, dass für jeden Werbekanal eine eigene Einwilligung erteilt wird.³¹⁾ In inhaltlicher Hinsicht ausreichend ist es, wenn sich aus der Einwilligung die generelle Zielsetzung der Werbung (z. B. „individuelle Kundenberatung“³²⁾) erkennen lässt, soweit – etwa mit Blick auf die aus der Einwilligung erkennbar berechtigten Unternehmen – der Geschäftsbereich hinreichend konkretisiert ist.³³⁾

6. Einsichtsfähigkeit

Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist stets auch, dass die betroffene Person überhaupt einwilligungsfähig ist. Bei Minderjährigen kommt es für solch eine Einwilligungsfähigkeit grundsätzlich nicht auf die Geschäftsfähigkeit im Sinne des BGB, sondern auf die sog. Einsichtsfähigkeit an. Letztere ist stets einzelfallbezogen zu beurteilen und hängt zum einen von der Fähigkeit des Minderjährigen zu selbstständigem und verantwortungsbewusstem Handeln ab, zum anderen von Art und Zweck der beabsichtigten Datenverarbeitung.³⁴⁾

Abweichend von dieser einzelfallbezogenen Betrachtungsweise sieht Art. 8 DS-GVO für die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger eine konkrete Altersgrenze vor. Die Regelung geht von einer Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen ab Vollendung des 16. Lebensjahres aus³⁵⁾ und gilt für Konstellationen, in denen einem Minderjährigen sog. Dienste der Informationsgesellschaft angeboten werden. Zu diesen Diensten der Informationsgesellschaft zählt „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“.³⁶⁾ Art. 8 DS-GVO soll der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern gerade in der Online-Welt Rechnung tragen und daher alle Dienstleistungen erfassen, die in

29) S. – zur bisherigen Vorgabe der Datenschutz-Richtlinie („für den konkreten Fall“) – schon BGH, 25.10.2012 – I ZR 169/10, WRP 2013, 767 Rn. 25 – Einwilligung in Werbeanrufe II: „Denn die Einwilligungen der Verbraucher, die den Kreis der möglichen werbenden Anrufer nicht oder jedenfalls nicht abschließend festlegen und die zu bewerbenden Produkte oder Dienstleistungen in keiner Weise bestimmen, sind nicht ‚für den konkreten Fall‘ erteilt worden.“

30) Zur Geltungsdauer der Einwilligung s. noch unten Rn. 33.

31) BGH, 01.02.2018 – III ZR 196/17, WRP 2018, 442 Rn. 26 – Einwilligung mit Bezug auf mehrere Werbekanäle.

32) S. dazu BGH, 01.02.2018 – III ZR 196/17, WRP 2018, 442 Rn. 23 – Einwilligung mit Bezug auf mehrere Werbekanäle.

33) Vgl. Eckhardt, K&R 2018, 310, 311.

34) Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof (Fn. 25), Kap. 4.2.2.3.4.

35) Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 DS-GVO erlaubt es den Mitgliedstaaten, diese Altersgrenze im nationalen Recht weiter abzusenken, nicht jedoch unter die Altersgrenze von 13 Jahren.

36) So die Definition in Art. 1 Nr. 1 lit. b der RL 2015/1535 (Richtlinie (EU) 2015/1535 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft), auf die Art. 4 Nr. 25 DS-GVO verweist.

Buchner, Die Einwilligung in Werbung

unmittelbarem Bezug zum Internet stehen.³⁷⁾ Im Einzelnen ist der Anwendungsbereich der Vorschrift allerdings noch in mancherlei Hinsicht unklar. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob auch Internetkommunikationsdienste wie Internet-(Video-)Telefoniedienste (z. B. Skype) zu den Diensten der Informationsgesellschaft zählen.³⁸⁾ „Gegen Entgelt“ werden Dienste der Informationsgesellschaft auch dann angeboten, wenn die Gegenleistung schlicht durch den Konsum von Werbung erbracht wird oder auch – wie so oft in der Online-Welt – in Form einer Bereitstellung von Daten (Daten als „Währung“ – Paradebeispiel Facebook).³⁹⁾ Die Voraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 DS-GVO, dass der Dienst einem Kind „direkt“ angeboten werden muss, ist nicht nur dann erfüllt, wenn sich ein Angebot speziell an Kinder richtet (z. B. Kinder-Suchmaschinen, Spieleplattformen), sondern auch dann, wenn ein Dienst sowohl an Erwachsene als auch an Kinder adressiert ist.⁴⁰⁾

- 31 Übertragen auf die Einwilligung im Werbekontext ist dann auch hier entsprechend zu differenzieren: Grundsätzlich bleibt es dabei, dass für die Einwilligungsfähigkeit einer Person auf deren Einsichtsfähigkeit abzustellen und diese im Wege einer Einzelfallbetrachtung zu beurteilen ist. Geht es jedoch um Werbung im Zusammenhang mit einem Angebot von sog. Diensten der Informationsgesellschaft im gerade eben dargestellten Sinn, gilt die Altersgrenze von 16 Jahren. Zu berücksichtigen ist hierbei allerdings, dass diese 16-Jahres-Grenze nicht schon allein deshalb greift, weil das Werbemedium als solches ein Dienst der Informationsgesellschaft ist (z. B. Werbung per E-Mail). Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die Werbung sachlich-inhaltlich einen Bezug zu einem Dienst der Informationsgesellschaft aufweist. Nicht unter Art. 8 Abs. 1 DS-GVO fällt daher etwa eine Konstellation, in der Werbung an die E-Mail-Adresse eines Kindes geschickt wird, die zuvor über einen Bestellcoupon in einer Jugendzeitschrift oder mittels Aushändigung von Teilnahmekarten bei einem Gewinnspiel erhoben wurde.⁴¹⁾

7. Geltungsdauer und Widerruf

- 32 Art. 7 Abs. 3 DS-GVO räumt der betroffenen Person die Möglichkeit ein, ihre einmal erteilte Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Konsequenz eines Widerrufs ist die Unzulässigkeit der weiteren Datenverarbeitung für die Zukunft. Die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung wird durch den Widerruf nicht berührt (Art. 7 Abs. 3 S. 2 DS-GVO). Gleiches gilt dann auch für die Einwilligung in Werbung; auch diese kann jederzeit – mit Wirkung für die Zukunft – widerrufen werden, womit jede weitere Werbung unzulässig wird. Die (datenschutzrechtliche) Diskussion, ob und inwieweit der Grundsatz der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung möglicherweise dann einzuschränken ist, wenn die Einwilligung Teil eines vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses ist,⁴²⁾ ist für die Einwilligung in Werbung weniger relevant; denn anders als im Datenverarbeitungskontext wird die Einwilligung in Werbung nur selten essentieller oder gar unverzichtbarer Bestandteil einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung sein.
- 33 Eine andere Frage ist, ob die Einwilligung unabhängig von der Ausübung eines Widerrufsrechts allein aufgrund Zeitablaufs irgendwann ihre Legitimationswirkung für eine Datenverarbei-

tung bzw. Werbung verliert. Grundsätzlich gilt, dass die DS-GVO – ebenso wie zuvor auch schon die Datenschutzrichtlinie – für die Einwilligung gerade nicht irgendein „Verfallsdatum“ vorsieht.⁴³⁾ Nichtsdestotrotz wird im Datenschutzrecht diskutiert, ob und inwieweit Einwilligungserklärungen, deren Abgabe schon länger zurückliegt, noch Legitimationskraft entfalten können, insbesondere dann, wenn sich inzwischen der zugrundeliegende Sachverhalt oder die Rahmenbedingungen der Datenverarbeitung geändert haben.⁴⁴⁾ So berechtigt diese Erwägungen sind, so schwer lässt sich gleichwohl ein automatisches Erlöschen der Einwilligung mit den Regelungen der DS-GVO vereinbaren – auch mit Blick darauf, dass für die genannten Konstellationen der Gesetzgeber gerade die Möglichkeit eines Widerrufs vorgesehen hat. Überzeugender ist es daher, für die Geltungsdauer einer Einwilligung auf allgemeine Auslegungsgrundsätze zurückzugreifen und/oder auf die Vorgabe der Bestimmtheit einer Einwilligungserklärung. Oftmals wird schon mit der konkreten Zwecksetzung einer Einwilligungserklärung auch eine entsprechende Geltungsdauer der Einwilligung vorgegeben sein bzw. sich durch Auslegung bestimmen lassen; erfolgt beispielsweise eine Einwilligung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses, hat sich regelmäßig auch deren Geltungsdauer an der Vertragslaufzeit zu orientieren.⁴⁵⁾ Sieht wiederum eine Einwilligung trotz eines bestimmten sachlichen Zusammenhangs eine unbefristete Geltungsdauer vor, so ist die Einwilligung schon mangels Bestimmtheit unwirksam.

Obige Grundsätze lassen sich gleichermaßen für die Einwilligung in eine Datenverarbeitung wie für die in Werbung heranziehen. Allerdings wird die Frage der Geltungsdauer bei einer Einwilligung in Werbung regelmäßig weniger brisant sein als im Datenschutzkontext. Im Fall der Werbung drängt sich dem Adressaten spätestens dann, wenn er mittels einer Werbenachrichtigung kontaktiert bzw. „belästigt“ wird, die Frage auf, ob er eine solche auch weiterhin erlauben oder aber seine Einwilligung widerrufen möchte. Die Verarbeitung personenbezogener Daten hingegen findet oftmals statt, ohne dass die betroffene Person hiervon irgendetwas bemerken würde – und diese hat daher auch keinen Anlass und keine Gelegenheit, die einmal erteilte Einwilligung in der Folgezeit noch einmal zu hinterfragen. Wenn der Einzelne dann aber mit den Folgen einer Datenverarbeitung konfrontiert wird, etwa weil er aufgrund der unvoreilhaftigen Ergebnisse einer Datenverarbeitung von bestimmten Leistungen ausgeschlossen wird, ist es für einen Widerruf der Einwilligung (ex nunc) regelmäßig schon „zu spät“.

IV. Fazit

Der Ansatz des europäischen Gesetzgebers, für die Anforderungen an eine Einwilligung in Werbung auf die datenschutzrechtlichen Regelungen zur Einwilligung zu verweisen, ist mit Blick auf die jeweils unterschiedlichen Schutzrichtungen – Datenschutz einerseits, Privatheitsschutz andererseits – durchaus diskussionswürdig. Überträgt man die datenschutzrechtlichen Vorgaben in den Werbekontext, so wird deutlich, dass sich manche

37) Schulz, in: Gola (Fn. 26), Art. 8 Rn. 13 f.

38) Ausführlich dazu Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 12), Art. 4 Nr. 25 Rn. 5a; Wolff, in: Schantz/Wolff (Fn. 21), Rn. 479.

39) Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 12), Art. 4 Nr. 25 Rn. 7.

40) Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 12), Art. 8 Rn. 16; Schulz, in: Gola, DS-GVO (Fn. 26), Art. 8 Rn. 15; entscheidend, ob Service „typischerweise zumindest auch direkt von Kindern in Anspruch genommen“ wird.

41) Beispiele bei Schulz, in: Gola (Fn. 26), Art. 8 Rn. 14.

42) S. zu dieser Diskussion etwa Specht/Bienemann, K&R 2018, Beil. 1 zu Heft 9/2018, 22, 23.

43) Stemmer, in: Wolff/Brinck (Fn. 13), DS-GVO Art. 7 Rn. 85; zur bisherigen Rechtslage hinsichtlich der Geltungsdauer einer Einwilligung in Werbung s. a. BGH, 01.02.2018 – III ZR 196/17, WRP 2018, 442 Rn. 31 – Einwilligung mit Bezug auf mehrere Werbekanäle.

44) Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 12), Art. 7 Rn. 30; Wolff, in: Schantz/Wolff (Fn. 21), Rn. 530; s. a. die Art.-29-Datenschutzgruppe mit ihrer Empfehlung, eine einmal erteilte Einwilligung „nach einer Weile“ nochmals überprüfen zu lassen, indem der Einzelne informiert und ihm die Gelegenheit gegeben wird, die Einwilligung entweder zu bestätigen oder aber zu widerrufen (Stellungnahme 15/2011 zur Definition der Einwilligung, WP 187, 13.07.2011, 24).

45) In diesem Sinne auch Schneider, in: Taeger (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformation (DSRI Tagungsband 2018), S. 219, 228, mit Verweis auf die Konstellation in BGH, 01.02.2018 – III ZR 196/17, WRP 2018, 442 – Einwilligung mit Bezug auf mehrere Werbekanäle.

Mallick/Weller, Ein Blick auf die aktuellen Entwicklungen im Influencer Marketing

Vorgaben, etwa die zur Bestimmtheit oder Einsichtsfähigkeit, mehr oder weniger eins zu eins übernehmen lassen, andere Hürden aber wiederum bei einer Einwilligung in Werbung deutlich niedriger anzusetzen sind als beim Datenschutz. Letzteres gilt insbesondere für die Voraussetzungen der Freiwilligkeit und Informiertheit der Einwilligung und auch für die Geltungsdauer einer Einwilligung. Was die Form der Einwilligung angeht, fehlt es bislang noch an einem einheitlichen Verständnis

dessen, was eine ausdrückliche Einwilligung von einer konkludenten Einwilligung unterscheidet; besser sollte daher auf diese Differenzierung ganz verzichtet und stattdessen allein auf die Kriterien unmissverständlich und eindeutig abgestellt werden. Zu begrüßen ist, dass sich mit Geltung der DS-GVO die Diskussion um Opt-in und Opt-out endgültig erledigt hat und künftig nur noch erstere Form der Einholung einer Einwilligung rechtswirksam ist.