

Formularmäßige Einwilligung

Nach der datenschutzrechtlichen Grundregel des § 4 Abs. 1 BDSG ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand einschlägig ist „oder der Betroffene eingewilligt hat“. Letztere Einwilligung wird heutzutage nur noch selten nach einem individuellen Aushandeln zwischen den Vertragsparteien erteilt. An der Tagesordnung ist vielmehr die Erteilung einer Einwilligung im Rahmen von vorformulierten Vertragsbedingungen (sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen – AGB). Einwilligungsklauseln sind regelmäßig ein selbstverständlicher und unvermeidbarer Bestandteil von Formularverträgen. Beispiele hierfür gibt es viele: Schufa-Klausel, Schweigepflichtentbindungsklausel, Marketingklauseln etc.

Für und Wider

Für datenverarbeitende Unternehmen ist die Einholung einer formularmäßigen Einwilligung in die Datenverarbeitung der einfachste und sicherste Weg, um sich eine Verarbeitung personenbezogener Daten in weitem Umfang legitimieren zu lassen. Auf Kritik stößt diese Vorgehensweise jedoch insbesondere dann, wenn Datenverarbeiter ungeachtet möglicher gesetzlicher Datenverarbeitungsbefugnisse bereits „vorsorglich“ auf eine Einwilligung des Betroffenen zurückgreifen. Andererseits lassen sich jedoch die bestehenden Unklarheiten hinsichtlich Anwendbarkeit und Reichweite gesetzlicher Erlaubnistatbestände kaum leugnen, so dass das unternehmerische Streben nach Rechtssicherheit mit Hilfe von Einwilligungsklauseln durchaus legitim ist. Problematischer ist ein anderer Aspekt, der mit der Einholung von formularmäßigen Einwilligungen noch einhergeht: die Möglichkeit für Datenverarbeiter, Art und Umfang der Verarbeitung personenbezogener Daten mittels weitreichender Einwilligungserklärungen in erheblichem Maße auszudehnen und so das datenschutzrechtliche Ziel der Datensparsamkeit faktisch leer laufen zu lassen.

AGB-rechtliche Kontrolle

Umso wichtiger ist es daher, dass auch im Falle einer formularmäßigen eingeholten Ein-

willigung die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Freiwilligkeit, der Informiertheit und der Bestimmtheit einer Einwilligung erfüllt sind. Eine Möglichkeit, dies zu überprüfen, stellt die AGB-rechtliche Kontrolle von Einwilligungsklauseln nach den §§ 305 ff. BGB dar. Soweit sich die Rechtsprechung bislang mit der Frage der Wirksamkeit von datenschutzrechtlichen Einwilligungsklauseln auseinandergesetzt hat, ist dies fast immer im Rahmen einer AGB-rechtlichen Prüfung geschehen. Die zentralen Klarstellungen und Präzisierungen dahingehend, welche Einwilligungsklauseln in ihrer konkreten Ausgestaltung wirksam sind oder nicht, sind durchweg der AGB-Rechtsprechung zu verdanken, wobei treibende Kraft hierbei insbesondere die Verbraucherverbände sind, denen über §§ 1, 3 UKlaG (Unterlassungsklagengesetz) die Möglichkeit eröffnet ist, auf eine gerichtliche Überprüfung der Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken.

Opt-in versus Opt-out

Einer der zentralen Streitpunkte in der Diskussion um die formularmäßige Einwilligung ist die Frage, ob es deren Wirksamkeit voraussetzt, dass die Einwilligung *aktiv* erklärt wird, also etwa durch Unterzeichnen einer gesonderten Einwilligungserklärung oder durch Ankreuzen eines für die Erteilung der Einwilligung vorgesehenen Kästchens (sog. Opt-in-Modell). Alternative ist das sog. Opt-out-Modell, bei dem eine Einwilligung zunächst einmal als erteilt gilt und es am einzelnen Betroffenen ist, durch Auskreuzen, Ausklicken, Durchstreichen o.Ä. diese Einwilligung im konkreten Fall wieder hinfällig zu machen. Im Falle des Opt-out muss der Betroffene also aktiv werden, wenn er eine Datenverarbeitung nicht legitimieren will. Bleibt er hingegen untätig, wird seine Einwilligung in die Datenverarbeitung ohne weiteres unterstellt. Eben deshalb ist das Opt-out-Modell bei Datenverarbeitern so beliebt und umgekehrt bei Daten- und Verbraucherschützern so unbeliebt; es bürdet letztlich dem einzelnen Betroffenen die Last zum Tätig-Werden auf, wenn er die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten ver-

meiden will. Im Falle des Opt-in-Modells ist es genau umgekehrt, Nichts-Tun auf Seiten des Betroffenen datenschutzrechtlich „ungefährlich“. Es ist hier am einzelnen Unternehmen, aktiv zu werden und seine Kunden zur Erteilung einer Einwilligung zu bewegen, wenn es eine Verarbeitung personenbezogener Daten über das gesetzlich zulässige Maß hinaus anstrebt.

Payback-Urteil

Der BGH hat in seinem Payback-Urteil vom 16.7.2008 (DuD 2008, 818) klargestellt, dass die Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung auch im Falle eines Opt-out-Modells grundsätzlich zu bejahen ist. Gegenstand des Payback-Verfahrens war eine vorformulierte Klausel, mit der die Teilnehmer am Rabattsystem Payback in eine Nutzung ihrer Daten für Werbezwecke einwilligten. Die konkrete Einwilligungsklausel befand sich am Schluss des Vertragstextes unmittelbar vor der Unterschriftenzeile und war schwarz umrandet sowie durch Fettdruck hervorgehoben. Rechts neben dem Einwilligungstext befand sich ein Kästchen mit dem Text: „Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird.“

Nach Auffassung des BGH ist das Opt-out-Modell im Falle von Payback datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden. Maßstab sind insoweit für den BGH das Freiwilligkeitsgebot des § 4a I 1 BDSG und das Hervorhebungsgebot des § 4a I 4 BDSG. Freiwillig erfolgt die Einwilligung im Fall Payback aus Sicht des Gerichtshofs schon deshalb, weil die Verbraucher bei ihrer Entscheidung über den Beitritt zum Payback-System weder irgendeinem rechtlichen, wirtschaftlichen oder faktischen Zwang unterliegen noch für das Auskreuzen der Einwilligungsklausel irgendeine „ins Gewicht fallende Hemmschwelle“ überwinden müssen. Und aus § 4a I 4 BDSG folgert der Gerichtshof, dass es für die Wirksamkeit einer vorformulierten Einwilligungsklausel ausreicht, wenn diese so platziert und drucktechnisch ausgestaltet ist, dass sie auch von einem „flüchtigen, aber durchschnittlich verständigen Verbraucher“ noch zur Kenntnis genommen werden kann.