

Preishandbuch - Rechtskonformes Pricing im Massengeschäft

Jordans / Klenk / Rösler

2024

ISBN 978-3-406-80484-7

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

den lauterkeitsrechtlichen Anforderungen an die Direktwerbung gemäß § 7 UWG richten können.²⁵⁷

Selbst wenn eine Datenverarbeitung daher grundsätzlich nach Maßgabe der DS-GVO rechtmäßig sein mag, begründet dies nicht per se eine Zulässigkeit entsprechender Direktwerbung, vielmehr sind darüberhinausgehende Zulässigkeitsvoraussetzungen des UWG insoweit kumulativ bzw. zusätzlich zu beachten. Es mag zum Beispiel datenschutzrechtlich über Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe f DS-GVO gerechtfertigt werden können, die Kaufhistorie eines Online-Kunden zu dem Zwecke auszuwerten, dem Kunden interessenrechtliche Angebote präsentieren zu können. Insoweit mag es auch zulässig sein, dem Kunden entsprechende Angebote unmittelbar als Produktempfehlungen beim Aufruf des Shops und Einwahl mit seinem Kundenkonto anzuzeigen.

Schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen überwiegen in der Regel jedenfalls nicht, wenn im Nachgang zu einer Bestellung allen Kunden (ohne Selektion) postalisch ein Werbekatalog oder ein Werbeschreiben zum Kauf weiterer Produkte des Verantwortlichen zugesendet wird.²⁵⁸ Sofern es anhand eines Selektionskriteriums zu einer Einteilung in Werbegruppen kommt (zB anhand Postleitzahlen oder Alphabet), sich aber kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn durch Individualisierung aus der Selektion ergibt, wird die Interessenabwägung in der Regel ebenfalls zugunsten des Verantwortlichen ausfallen.²⁵⁹

Eingriffsintensivere Maßnahmen wie automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile, Verhaltensprognosen bzw. Analysen, die zu zusätzlichen Erkenntnissen führen, sprechen hingegen dafür, dass das Interesse der betroffenen Person am Ausschluss der Datenverarbeitung überwiegt.²⁶⁰ In diesen Fällen handelt es sich nach Ansicht der DSK um Profiling, das nicht mehr auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe f DS-GVO gestützt werden kann und damit die Einholung einer ausdrücklichen Einwilligung (vgl. Art. 22 Abs. 2 Buchstabe c DS-GVO) vor der Datenverarbeitung erforderlich macht.²⁶¹

Ungeachtet dessen ist zu beachten, dass allein die datenschutzrechtliche Rechtfertigung keinen Freibrief bildet, vielmehr etwaig weitergehende Vorgaben des UWG zwingend zu beachten sind. Wenn ein Unternehmen einem Kunden etwaig über Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe f DS-GVO zu rechtfertigende Empfehlungen auch per E-Mail übermitteln möchte und den Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG nicht nutzbar machen kann, ist wegen der Anforderungen gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auf jeden Fall eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Werbeadressaten erforderlich.

bb) Einwilligung

Von wesentlicher Bedeutung für das E-Mail-Marketing ist die Einwilligung potentieller Werbeadressaten, wie diese im datenschutzrechtlichen Bereich in Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe a, Art. 7 DS-GVO vorgesehen ist. Die Anforderungen an eine wirksame und rechtlich belastbare Einwilligung sind dabei nicht zu gering.

Im Ausgangspunkt sieht Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe a DS-GVO kurz und bündig vor, dass die Datenverarbeitung rechtmäßig ist, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat. Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe a DS-GVO ist tatbestandsseitig damit übersichtlich und sieht einschränkend lediglich vor, dass eine Einwilligung für einen oder mehrere bestimmte Zwecke abgegeben werden muss, womit lediglich unbestimmte Global- und Pauschaleinwilligungen ausgeschlossen sein dürften.

Als deutlich detaillierter und anforderungsintensiver erweist sich allerdings die in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO verankerte Begriffsdefinition für die Einwilligung, wonach unter einer

²⁵⁷ Gola/Heckmann, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 7 Rn. 15.

²⁵⁸ DSK, Orientierungshilfe Direktwerbung, Ziff. 1.3.2 lit. a.

²⁵⁹ DSK, Orientierungshilfe Direktwerbung, Ziff. 1.3.2 lit. a.

²⁶⁰ DSK, Orientierungshilfe Direktwerbung, Ziff. 1.3.2 lit. b.

²⁶¹ DSK, Orientierungshilfe Direktwerbung, Ziff. 1.3.2 lit. b.

Einwilligung einer betroffenen Person jede (a) freiwillig (b) für den bestimmten Fall, (c) in informierter Weise und (d) unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung zu verstehen ist, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

- 751 (1) Freiwilligkeit.** Dem Merkmal der Freiwilligkeit – es wird impliziert, dass die betroffene Person eine echte Wahl und die Kontrolle haben muss²⁶² – kommt dabei besondere Bedeutung zu, wobei ergänzende Vorgaben und Leitlinien der Regelung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO sowie Erwägungsgrund Nr. 32 DS-GVO entnommen werden können.
- 752** Gemäß Art. 7 Abs. 4 DS-GVO ist bei der Beurteilung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen, 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. Mit anderen Worten: Sofern der Abschluss bzw. die Erfüllung eines Vertrages von einer Einwilligung abhängig gemacht wird und die betroffene Datenverarbeitung nicht zwingend erforderlich ist, scheidet die Freiwilligkeit einer Einwilligung im Regelfall aus. Auch wenn dieser Grundsatz nicht absolut gilt und etwa Modelle einer Einwilligung als Gegenleistung für eine vom Einwilligenden gewünschte Leistung durchaus verbreitet sind und wohl auch gerechtfertigt erscheinen,²⁶³ dürfte gerade für den Bereich des Direktmarketings eine zwangsweise Einwilligung im Vertragskontext kaum als freiwillig zu bewerten sein.
- 753 (2) Bestimmtheit.** Eine Anforderung, die in der Praxis oftmals Schwierigkeiten bereitet und Streitfälle provoziert, bildet das Bestimmtheitserfordernis. Dabei besteht im Ausgangspunkt Einigkeit, dass die einwilligende Person Art und Umfang bzw. Bedeutung ihrer Einwilligung nachvollziehen können muss. Damit verbieten sich jedenfalls sog. Pauschal-einwilligungen, mit welchen dem Einwilligenden im Ergebnis Einwilligungen mit faktisch nicht bzw. kaum greifbarer sachlicher Begrenzung abverlangt werden.²⁶⁴
- 754** Die Notwendigkeit, dass die Einwilligung für einen bestimmten Zweck erfolgen muss, ist dabei im Zusammenhang mit der Zweckbindung aus Artikel 5 Abs. 1 Buchstabe b DS-GVO als Schutz vor einer schrittweisen Ausweitung oder einem Verwischen der Zwecke zu sehen, für welche die Daten verarbeitet werden, nachdem die betroffene Person in die anfängliche Erhebung ihrer Daten eingewilligt hat. Dieses Phänomen stellt nach Ansicht des EDSA als mögliche, schleichende Ausweitung der Zweckbestimmung ein Risiko für betroffene Personen dar, da dies zu einer unerwarteten Verwendung personenbezogener Daten durch den Verantwortlichen oder durch Dritte und zu einem Kontrollverlust für die betroffene Person führen könne.²⁶⁵
- 755** Bei der Einholung einer Einwilligung ist es also geboten, die Einwilligungserklärung – auch diese unterliegt im Übrigen als vorformulierte Klausel der AGB-Kontrolle²⁶⁶ – so zu konkretisieren, dass ein „bestimmter Fall“ im Sinne von Art. 4 Nr. 11 DS-GVO beschrieben wird. Auf der anderen Seite besteht aus werblicher Sicht selbstverständlich das Bedürfnis eine Einwilligungserklärung nicht über Gebühr eng zu fassen, um ein möglichst weitgehendes Anwendungsspektrum für die werbliche Verwendung von Daten bzw. die Durchführung werblicher Maßnahmen offenzuhalten. Dabei ist vor allem zu beachten, dass im Falle der Einholung einer Einwilligung die Reichweite der mittels Einwilligung legitimier-

²⁶² EDSA, Leitlinien Einwilligung, Rn. 13.

²⁶³ AA wohl EDSA, Leitlinien Einwilligung, insbes. Rn. 38. Vgl. zur Möglichkeit der „Zahlung mit Daten“ vgl. § 327 Abs. 3 BGB.

²⁶⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 7 Rn. 252.

²⁶⁵ EDSA, Leitlinien Einwilligung, Rn. 56.

²⁶⁶ BGH 14.3.2017 – VI ZR 721/15, GRUR 2017, 748. Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 7 Rn. 198.

ten Datenverarbeitung bzw. Datennutzung in jedem Fall und streng auf den Gegenstand und den Umfang der Einwilligung beschränkt ist.

Unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten sieht Art. 6 Abs. 4 DS-GVO die Möglichkeit einer sog. Zweckänderung vor, dh eine Datenverarbeitung darf unter bestimmten Voraussetzungen auch zu einem anderen Zweck als dem Zweck erfolgen, zu welchem die Daten ursprünglich erhoben wurden. So wäre es etwa denkbar, Daten, die zunächst nur für Zwecke der Vertragserfüllung und Vertragsdurchführung erhoben wurden, im Nachgang und bei entsprechenden Werbestrategien ggf. auch für Maßnahmen der postalischen Direktwerbung zu verwenden. Eine solche Verarbeitung könnte dann im Unterschied zum ursprünglichen Erhebungszweck nicht auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe b DS-GVO, sondern auf berechnete Interessen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchstabe f DS-GVO gestützt werden. Im Hinblick auf die Einwilligung stellt sich hier allerdings das Problem, dass eine Zweckänderung im Kontext einer Einwilligung nicht in Betracht kommt, sondern gemäß Art. 6 Abs. 4 DS-GVO vielmehr ausgeschlossen ist. Die Regelungen zur Zweckänderung setzen nämlich voraus, dass die Verarbeitung zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die personenbezogenen Daten erhoben wurden, gerade nicht auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht. **756**

Damit stellt sich für den Verwender einer Einwilligungslösung umso mehr das dringende Erfordernis, die Einwilligungserklärung nicht zu unbestimmt, aber auch nicht zu eng zu formulieren, um sich nicht unbeabsichtigt eigentlich verfolgte Einwilligungszwecke abzuschneiden. Erhebt zB ein Verantwortlicher auf Grundlage einer Einwilligung der betroffenen Person Daten über die Inanspruchnahme der vom Verantwortlichen angebotenen Online-Services, um ihm auf dieser Basis bei der Servicenutzung Vorschläge für bestimmte eigene Serviceinhalte zu unterbreiten, wäre für den Fall, dass der Verantwortliche im Nachgang entscheidet, auf Basis von Nutzungsverhalten individualisierte Werbung auch für Inhalte Dritter kommunizieren zu wollen, eine weitergehende Einwilligung erforderlich. **757**

(3) Informiertheit. Eng mit dem Erfordernis hinreichender Bestimmtheit bzw. einer Erklärung für den konkreten Fall ist das zusätzliche Erfordernis verbunden, wonach eine Einwilligung „in informierter Weise“ zu erfolgen hat. Auch insoweit wird deutlich, dass die normativen Anforderungen für rechtskonforme Einwilligungen einen Fokus auf Transparenz und Verständlichkeit legen. Es soll im Ergebnis vermieden werden, dass betroffene Personen zur Abgabe von Einwilligungserklärungen veranlasst werden, deren Gegenstand und Reichweite nicht hinreichend durchdrungen werden können. **758**

Informiertheit setzt grundsätzlich voraus, dass die Art der beabsichtigten Werbung (zB Brief, E-Mail, SMS, Telefon, Fax), die Produkte oder Dienstleistungen, für die geworben werden soll, und die werbenden Unternehmen genannt werden, um den Anforderungen der bisher insoweit ergangenen Rechtsprechung zu genügen. **759**

Der EDSA vertritt die Auffassung, dass mindestens folgende Informationen erforderlich sind, damit eine Einwilligung als „in informierter Weise“ verstanden werden kann: (a) Identität des Verantwortlichen, (b) Zweck jedes Verarbeitungsvorgangs, für den die Einwilligung eingeholt wird, (c) Art der Daten, die erhoben und verwendet werden, (d) Bestehen eines Rechts, die Einwilligung zu widerrufen, (e) gegebenenfalls Informationen über die Verwendung der Daten für eine automatisierte Entscheidungsfindung gemäß Art. 22 Abs. 2 Buchstabe c, und (f) Angaben zu möglichen Risiken von Datenübermittlungen (ins Ausland) ohne Vorliegen eines Angemessenheitsbeschlusses und ohne geeignete Garantien nach Art. 46. **760**

Ob eine Einwilligung im Ergebnis hinreichend bestimmt ist bzw. auf angemessen informierter Grundlage erfolgt, muss im konkreten Einzelfall bewertet werden, zumal auch **761**

²⁶⁷ Beispiel in Anlehnung an EDSA, Leitlinien Einwilligung, insbesondere Rn. 59 (Beispiel 11).

²⁶⁸ DSK, Orientierungshilfe Direktwerbung, Ziff. 3.1 mit Verweis auf BGH 14.3.2017 – VI ZR 721/15, GRUR 2017, 748.

und gerade im werblichen Bereich die Bandbreite möglicher Einwilligungsgegenstände denkbar weit gefasst ist. Jedenfalls die vorstehend beschriebenen Kernelemente (a) Art der Werbung, (b) Gegenstand der Werbung und (c) werbende Unternehmen sollten nicht nur allgemein, sondern möglichst einzelfallbezogen beschrieben werden.

762 Während die Beschreibung der Art der Werbung, also insbesondere E-Mail, Telefon oder sonstige Kommunikationskanäle, keine Probleme bereitet, ist bereits die Beschreibung des Werbegegenstandes mit Unwägbarkeiten verbunden. Eine Einwilligung, die konturenlos auf den Erhalt von Werbung bezogen wird, wäre sicherlich unzureichend, da ein solcher Bezug nicht einmal offenlegen würde, ob nur für eigene Produkte und Dienstleistungen des die Einwilligung einholenden Unternehmens geworben werden soll oder auch für sonstige Produkte bzw. Dienstleistungen Dritter. Auch der schlichte Bezug auf „Werbung für eigene Produkte und Services“ dürfte im Graubereich anzusiedeln sein, wobei in einem solchen Fall der Werbegegenstand zumindest noch bestimmbar wäre. Mehr Konturen erhält eine Werbeeinwilligung, wenn jedenfalls ein Branchenbezug hergestellt wird bzw. Tätigkeitsgebiete ergänzend benannt werden. Aber selbst ein Branchenbezug kann im Einzelfall nicht ausreichen. Was den gebotenen Bezug angeht, sollen vom Werbenden vorformulierte allgemeine Umschreibungen, etwa dahin, dass sich die Einwilligung auf „Finanzdienstleistungen aller Art“ erstreckt, nicht ausreichen.²⁶⁹ Andererseits wird eingeräumt, dass die Anforderungen auch nicht überspannt werden würden, weil dies auf eine Bevormundung des Adressaten und eine Einschränkung seiner Privatautonomie hinausliefe; der erforderliche Grad der Konkretisierung bestimme sich daher auch nach der Schutzbedürftigkeit des Adressaten und nach seinen Interessen.²⁷⁰

763 In der Praxis problematisch sind auch oftmals Fälle, in welchen eine Werbeeinwilligung nicht nur für das die Einwilligung einholende Unternehmen, sondern etwa für Konzernunternehmen oder Partnerunternehmen eingeholt werden soll. Vor pauschalen Bezugnahmen auf „verbundene Unternehmen“ oder gar „Partnerunternehmen“ muss insbesondere im Verbraucherbereich gewarnt werden. Ohne nähere Konkretisierung bzw. Benennung der betroffenen Dritten ist die einwilligende Person grundsätzlich nicht in der Lage, die Reichweite und den Adressatenkreis der Einwilligungsempfänger bzw. Werbeberechtigten zu überblicken. In der Praxis hat sich daher für den Fall, dass eine Werbeberechtigung auch zugunsten Dritter eingeholt werden soll, im Online-Bereich der Ansatz verbreitet, die in einer Einwilligungserklärung benannten Dritten zu verlinken und gesondert aufzuführen.²⁷¹ Dabei ist zu beachten, dass auch für diese Dritten deutlich werden muss, für welche Produkte und Dienstleistungen geworben werden soll.²⁷² Aber auch in solchen Fällen sollte mit Augenmaß vorgegangen werden. Es mag nämlich zulässig sein, auf eine solche Weise per Link eine überschaubare Anzahl namentlich benannter Dritter in den Kreis der Werbeberechtigten einzubeziehen. Wenn die Anzahl der Dritten und als Werbeberechtigte Einzubeziehenden allerdings eine gewisse Menge überschreitet, droht die Gefahr, dass auch eine solche konkrete Bezugnahme für eine hinreichend bestimmte und informierte Einwilligung nicht ausreicht; dies gilt jedenfalls für Fälle, in welchen die einwilligende Person die in einer solchen Liste aufgeführten Dritten nicht jeweils positiv bestätigen muss, sondern vielmehr sämtliche Unternehmen akzeptiert werden müssen oder nur per Einzelabwahl aus der Gesamtaufzählung entfernt werden können.²⁷³

764 Verantwortliche sollten zudem sicherstellen, dass sie im Hinblick auf die Formulierung einer Einwilligungserklärung eine klare und einfache Sprache verwenden. Dies bedeutet nach Ansicht des EDSA vor allem, dass die Information für den Durchschnittsbürger und nicht nur für Rechtsanwälte leicht verständlich sein sollte; Verantwortliche sollen keine

²⁶⁹ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 7 Rn. 252.

²⁷⁰ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 7 Rn. 252.

²⁷¹ Gola/Heckmann, DS-GVO/BDSD, DS-GVO Art. 7 Rn. 38.

²⁷² BGH 14.3.2017 – VI ZR 721/15 Tz. 25, GRUR 2017, 748.

²⁷³ BGH 28.5.2020 – I ZR 7/16 Tz. 3, GRUR 2017, 748.

langen Datenschutzbestimmungen verwenden dürfen, die schwierig zu verstehen oder mit juristischen Fachausdrücken gespickt sind.²⁷⁴

(4) Unmissverständlichkeit. Die Anforderung, wonach eine Einwilligungserklärung 765 „unmissverständlich“ abgegeben werden muss, trägt weniger der inhaltlichen Ausgestaltung der Einwilligungserklärung als vielmehr dem Umstand Rechnung, dass der betroffenen Person deutlich gemacht werden muss bzw. für diese klar erkennbar sein muss, dass sie mit einer bestimmten Handlung eine Einwilligung abgibt. Das Erfordernis der Unmissverständlichkeit zielt damit vor allem auf einen transparenten Einwilligungsprozess als solchen ab und soll Praktiken entgegenwirken, bei welchen betroffenen Personen Einwilligungserklärungen im Rahmen sonstiger Erklärungen „untergeschoben“ werden.

Dies wird auch vor allem durch die Konkretisierung in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO dahingehend deutlich, dass die unmissverständliche Willensbekundung in Form einer „Erklärung“ oder einer „sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung“ zu erfolgen hat. Ergänzende Auslegungshilfen bietet hier Erwägungsgrund Nr. 30 DS-GVO, wonach eine solche Erklärung etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung erfolgen kann. Als denkbare Gestaltungsvarianten werden in Erwägungsgrund Nr. 30 DS-GVO das Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder eine andere Erklärung oder Verhaltensweise genannt, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert. Besonders praxisrelevant und gleichwohl oftmals missachtet wird die weitergehende Vorgabe in Erwägungsgrund Nr. 30 DS-GVO, wonach bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person keine Einwilligung darstellen sollen. Von den nach wie vor verbreiteten Opt-out-Konzepten gerade für Telefon- und E-Mail-Werbung sollte auch vor diesem Hintergrund dringend Abstand genommen werden; im Zweifel ist eine solche „Opt-out-Einwilligung“ schlicht nichts wert.

Ein Verantwortlicher sollte in diesem Kontext ebenfalls dringend beachten, dass eine 767 Einwilligung nicht durch denselben Vorgang erteilt werden kann, mit dem einem Vertrag oder AGB zugestimmt wird. Eine pauschale Annahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen kann insbesondere nach Ansicht des EDSA nicht als eindeutige bestätigende Handlung für eine Einwilligung der Verwendung personenbezogener Daten gesehen werden.²⁷⁵

Schließlich ist im Kontext der Unmissverständlichkeit auf einen für elektronische Einwilligungen relevanten Darstellungs- bzw. Ablaufaspekt aufmerksam zu machen. Wird die 768 betroffene Person auf elektronischem Weg zur Einwilligung aufgefordert, so muss die Aufforderung gemäß Erwägungsgrund Nr. 32 Satz 6 DS-GVO in klarer und knapper Form und ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes, für den die Einwilligung gegeben wird, erfolgen. Dass hier der Aspekt der Informiertheit und insbesondere das Gebot der Aufforderung zur Einwilligung in klarer und knapper Form in einem gewissen Spannungsverhältnis stehen, liegt auf der Hand. Mit Blick auf die hohen Anforderungen von Rechtsprechung und Datenschutzaufsicht an die Informiertheit einer Einwilligung scheint es tendenziell geboten, dass Gebot der klaren und knappen Form eher formal und prozesstechnisch zu verstehen, dh den Einwilligungsprozess als solchen deutlich erkennbar zu machen und nicht hinter vermeintlichen „Weiter“-Schaltflächen oder ähnlich unspezifischen Abläufen bzw. verschachtelten Konstruktionen zu „verstecken“.

(5) Granularität. Besonders spannend ist und in der Praxis uneinheitlich gehandhabt wird 769 die Frage nach einer gebotenen Granularität von Zustimmung- bzw. Einwilligungserklärungen. Hierbei geht es um die Frage, ob mit einer einheitlichen Erklärung mehrere Einwilligungen eingeholt werden können oder ob einzelne Einwilligungsgegenstände

²⁷⁴ EDSA, Leitlinien Einwilligung, Rn. 67.

²⁷⁵ EDSA, Leitlinien Einwilligung, Rn. 81.

durch gesonderte Einwilligungserklärungen abzuschichten und damit einwilligungsbezogen voneinander zu trennen sind.

- 770** Für die Praxis lässt sich die Frage auf die regelmäßig aus operativer Marketingsicht relevante Frage verdichten, ob man alles mit einem Klick erledigen kann oder ob man mehrere „Kreuzchen“ benötigt. Eine aus Marketingsicht zunächst scheinbar günstige Vorgabe sieht Art. 7 Abs. 2 DS-GVO in diesem Kontext vor. Erfolgt eine Einwilligung einer betroffenen Person nämlich durch eine schriftliche Erklärung (hierzu zählt in diesem Kontext auch der Online-Bereich), 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. Diesen Ansatz könnte man dahingehend verstehen, dass eine Einwilligung durchaus mehrere Sachverhalte betreffen kann und lediglich sichergestellt werden muss, dass die Einwilligung so gefasst und im Gesamtbild gestaltet werden muss, dass verschiedene Einwilligungen bzw. Einwilligungsgenstände schlicht klar abgrenzbar und erkennbar sind. Man könnte also erwägen, eine mehrgliedrige Einwilligungserklärung mit mehreren Einwilligungsgegenständen zu gestalten und die Einwilligung insgesamt durch ein einheitliches Opt-in einzuholen. Hiergegen spricht allerdings Erwägungsgrund Nr. 32 S. 5 DS-GVO. Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte hiernach für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden. Auch wenn es sich „nur“ um einen Erwägungsgrund handelt und dieser zudem als Soll-Vorschrift ausgestaltet ist, wird doch deutlich, dass die DS-GVO im Ansatz eher ein granulares Verständnis für Einwilligungs-erklärungen mit unterschiedlichem Einwilligungsgegenstand zugrunde legt.
- 771** Der EDSA legt ein vergleichsweise strenges Verständnis für die notwendige Granularität von Einwilligungserklärungen zugrunde. Wenn ein Verantwortlicher verschiedene Zwecke für eine Verarbeitung zusammenfasse und nicht versuche, gesonderte Einwilligungen einzuholen, fehle mangels Granularität die gebotene Freiheit.²⁷⁶ Würden mit einer Datenverarbeitung mehrere Zwecke verfolgt, liege die Lösung für die Einhaltung der Bedingungen für eine gültige Einwilligung in der Granularität, dh in der Trennung dieser Zwecke und dem Einholen der Einwilligung für jeden einzelnen Zweck.²⁷⁷
- 772** Ob nun mehrere Einwilligungsinhalte in einer einheitlichen Erklärung zusammengefasst oder unterschieden bzw. in gesonderten Erklärungen ausgestaltet werden müssen, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls. Dabei wird eine Granularität von Erklärungen umso gebotener sein, je weiter die verfolgten Verarbeitungszwecke auseinanderliegen. So erscheint es durchaus denkbar, eine einheitliche Einwilligungserklärung dahingehend zu fassen, dass sich der Einwilligende mit einer Auswertung seines Einkaufsverhaltens zum Zwecke der Direktwerbung einverstanden erklärt (erste Einwilligung, insbesondere datenschutzrechtlich motiviert) und ihm auf dieser Grundlage individualisierte werbliche E-Mails übermittelt werden dürfen (zweite Einwilligung, insbesondere lauterkeitsrechtlich motiviert). Demgegenüber wäre es wohl nicht gangbar, eine Einwilligung in die Weitergabe von Daten über das Einkaufsverhalten an verbundene Unternehmen oder Partnerunternehmen zum Zwecke der Marktforschung einzuholen und sich mit derselben Einwilligungserklärung das Einverständnis in den Erhalt von werblichen Nachrichten per E-Mail durch das die Einwilligung einholende Unternehmen „absegnen“ zu lassen.²⁷⁸
- 773** Wenn ein klarer Sachzusammenhang zwischen formal unterschiedlichen Einwilligungsgegenständen besteht, zB eine Verarbeitung von Daten zur Ermittlung bestimmter Parameter von Kunden und deren Verwendung für die interne Angebots- und Produktoptimierung sowie die Zusendung werblicher Informationen per E-Mail, erscheint es im Regelfall vertretbar, mit zusammengefassten Erklärungen zu arbeiten. Gleichwohl ist zu bedenken, dass ein granularer Ansatz für den Kunden oftmals transparenter ist und ggf. auch die

²⁷⁶ EDSA, Leitlinien Einwilligung, Rn. 44.

²⁷⁷ EDSA, Leitlinien Einwilligung, Rn. 44.

²⁷⁸ Zu diesem Beispiel siehe EDSA, Leitlinien Einwilligung, Rn. 45 (Beispiel 7).

Bereitschaft von Kunden zur Abgabe von Einwilligungserklärungen erhöht, da der Kunde dann nicht auf die Abgabe einer einheitlichen und mehrere Aspekte betreffenden Erklärung beschränkt ist, sondern frei bestimmen kann, welche Aspekte für ihn interessant sind und für welche Aspekte er zur Abgabe einer Einwilligungserklärung bereit ist. Zudem ist auch zu beachten, dass die Kehrseite einer mehrschichtigen Einwilligungserklärung ggf. auch der Widerruf einer solchen Erklärung sein kann. Wenn hingegen mehrere Einwilligungserklärungen eingeholt werden, ist die Wahrscheinlichkeit nicht gering, dass der Betroffene nur partiell widerruft, namentlich solche Datenverarbeitungen, mit denen er konkret nicht mehr einverstanden ist.

Eine im Regelfall zwingende Abgrenzung bzw. Unterscheidung bildet die jedenfalls für 774 Einwilligung in Telefon- und E-Mail-Werbung notwendige Trennung der Einwilligung von etwaigen Vertragserklärungen im Übrigen, insbesondere also der Zustimmung zu Vertragsinhalten und etwa Preisänderungen. Die Einwilligung in Telefon- und E-Mail-Werbung bedarf zwingend eines gesonderten und echten Opt-in im Sinne einer aktiv zu treffenden, spezifischen Auswahl.

Namentlich der BGH hat in seiner für die Praxis höchst relevanten Payback-Entscheidung²⁷⁹ sowie einem weiteren Beschluss²⁸⁰ konstatiert, dass es für E-Mail- und Telefonwerbung einer gesonderten und spezifischen Erklärung bedarf. In den vorgenannten Verfahren ging es darum, dass die Einwilligung in Werbung mit inhaltlich hiervon zu unterscheidenden Erklärungen verbunden war. Bei der vom BGH in Sachen Payback für unzulässig erachteten Opt-out-Lösung wurde die Erklärung gemeinsam mit allen anderen vertraglichen Erklärungen und Regelungen abgegeben, was dem Erfordernis einer spezifisch auf die Werbung bezogenen Angabe nach Ansicht des BGH widersprach. Der BGH hatte insoweit darauf abgestellt, dass die Opt-out-Klausel in dem Klauselwerk zusammen mit inhaltlich nicht die Werbung betreffenden Erklärungen und Regelungen enthalten war. Auch im vorstehend in Bezug genommenen Beschlussverfahren wurde die Einwilligungserklärung im Hinblick darauf beanstandet, dass sie mit einer inhaltlich nicht die Werbung betreffenden Einwilligungserklärung in eine telefonische Gewinnbenachrichtigung kombiniert war. Auf die Verwendung einer Klausel, die eine Einwilligung in die Werbung mit inhaltlich nicht die Werbung betreffenden Erklärungen oder Hinweisen kombiniert, zielt insoweit auch die Kernaussage des BGH, wonach eine „gesonderte, nur auf die Einwilligung in die Zustimmung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene Zustimmungserklärung“ beziehungsweise eine „gesonderte – nur auf die Einwilligung in die Werbung mit einem Telefonanruf bezogene – Zustimmungserklärung“ erforderlich sei und eine Einwilligung, die auch andere Erklärungen oder Hinweise enthalte, den Anforderungen nicht gerecht werde.²⁸¹

Während zur Frage einer möglichen Kombination von Einwilligungserklärungen bzw. 776 die Zusammenfassung mehrerer Einwilligungsgegenstände in einer einheitlichen Einwilligungserklärung im Übrigen allenfalls vereinzelte Rechtsprechung vorliegt, wurde eine für die Praxis höchst relevante Frage durch den BGH geklärt. So hat der BGH, wohl unter Aufgabe früherer Rechtsprechung, entschieden, dass eine einheitliche Einwilligungserklärung für Telefon- und E-Mail-Werbung zulässig sein soll und nicht mit gesonderten Einwilligungserklärungen vorgegangen werden muss.²⁸² Dass Telefon- und E-Mail-Werbung grundsätzlich abweichende Einwilligungsgegenstände darstellen und auch mit Blick auf die mögliche Belästigungsintensität durchaus unterscheidungswürdig sind, zeigt sich bereits an der normativen Differenzierung im UWG, vor allem mit Blick auf die für unlautere Telefonwerbung vorgesehenen Sanktionen in § 20 UWG. Ungeachtet dessen sah der BGH keinen Bedarf für gesonderte Einwilligungserklärung in Telefon- und E-Mail-Werbung.

²⁷⁹ BGH 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, GRUR 2008, 1010.

²⁸⁰ BGH 14.4.2011 – I ZR 38/10, MMR 2011, 458.

²⁸¹ Vgl. BGH 16.7.2008 – VIII ZR 348/06 Tz. 29, GRUR 2008, 1010.

²⁸² BGH 1.2.2018 – III ZR 196/17, GRUR 2018, 545.

- 777 Einer gesonderten Erklärung für jeden Werbekanal bedürfe es den Ausführungen des BGH entsprechend nicht. Die gesetzlichen Voraussetzungen in § 7 Abs. 2 UWG für die Einwilligung eines Verbrauchers in eine Werbung über die dort genannten Kanäle stimmen überein, so dass sich hieraus kein Grund für getrennte Einwilligungserklärungen ergebe. Unter Schutzzweckgesichtspunkten sei eine gesonderte Einwilligung für jeden Werbekanal ebenfalls nicht erforderlich. Dem Schutzzweck der Vorschrift werde eine getrennt von anderen Inhalten und Hinweisen abgegebene, allein auf die Einwilligung in Werbung gerichtete Erklärung gerecht, auch wenn sie sich auf alle Werbekanäle beziehe, deren Nutzung beabsichtigt sei. Indem der Verbraucher in einer ausdrücklichen und gesonderten Erklärung der vorgesehenen Werbung zustimmen müsse, werde ihm die Verwendung seiner Daten und der beabsichtigte Eingriff in seine Privatsphäre deutlich vor Augen geführt. Hierdurch werde gewährleistet, dass er bewusst darüber entscheiden könne, ob er diesen Eingriff genehmigen möchte oder nicht. Dieser Schutzzweck bleibe bei einer mehrere Werbekanäle umfassenden Einwilligungserklärung in vollem Umfang gewahrt. Auch in diesem Fall enthalte eine solche Klausel alle für eine freie und informierte Entscheidung erforderlichen Angaben und verdeutliche dem Verbraucher, dass und auf welchem Weg seine Daten verwendet werden sollen. Ebenso bleibe die Unabhängigkeit der Einwilligung in Werbemaßnahmen von den sonstigen inhaltlichen Erklärungen offensichtlich. Es würde den Verbraucherschutz nicht stärken, wenn für jeden Werbekanal eine gesonderte Einwilligungserklärung abgegeben werden müsste. An dieser Stelle findet der BGH dann ungewöhnlich deutliche Worte: Der Senat stellt sich nämlich auf den Standpunkt, dass eine gegenteilige Sichtweise bzw. das Erfordernis gesonderter Einwilligungen in E-Mail- und Telefonwerbung bei Anlegung des Maßstabs eines verständigen und redlichen Durchschnittsverbrauchers eine geradezu „unverständliche Förmerei“²⁸³ sei, mit der keinerlei Transparenzgewinn verbunden wäre. Zwar hätte eine getrennte Erklärung den Vorteil, dass der Verbraucher unmittelbar auch einzelnen Werbemaßnahmen zustimmen und andere ablehnen könnte, während bei einer zusammengefassten Klausel nur deren vollständige Ablehnung oder Annahme möglich sei.
- 778 In diesem Kontext nimmt der BGH allerdings einen eher praktischen Umstand in den Blick, welcher aus strategischer Sicht durchaus seine Berechtigung hat und Unternehmen dazu veranlassen könnte, ggf. trotz mangelnder Notwendigkeit einer granularen Einwilligungserklärung gleichwohl zwischen einer Einwilligung in E-Mail und Telefonwerbung zu unterscheiden. Der Senat weist nämlich zutreffend darauf hin, dass der Ansatz einer einheitlichen Einwilligungserklärung durchaus dazu führen könne, dass Verbraucher eine Kontaktaufnahme eher insgesamt ablehnen, während sie bei getrennten Klauseln der Werbung über einzelne der zur Auswahl stehenden Kanäle zugestimmt hätten. Diese mögliche Wirkung beeinträchtige jedoch nicht den auf den Verbraucher gerichteten Schutzzweck, sondern gehe zulasten des Verwenders.²⁸⁴
- 779 Abschließend ist auf eine weitere Konstellation hinzuweisen, welche höchstrichterlich entschieden wurde, nämlich der Fall sog. „Cookie-Einwilligungen“. Im Nachgang zu einem EuGH-Vorlageverfahren, welches der BGH initiiert hatte²⁸⁵ und in welchem sich der EuGH bereits deutlich pro gesonderter Einwilligung positioniert hatte,²⁸⁶ bestätigte auch der BGH die Notwendigkeit einer gesonderten Einwilligung für die Akzeptanz von Cookies, jedenfalls sofern diese nicht technisch-notwendig sind, vielmehr den werblichen Bereich betreffen. Die Entscheidung erging noch unter Geltung des zwischenzeitlich durch das TTDSG weitgehende abgelösten TMG. Der BGH konstatierte, dass § 15 Abs. 3 S. 1 TMG mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie 2002/58/EG dahin richtlinienkonform auszulegen sei, dass ein Diensteanbieter Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung nur mit Einwilligung des Nutzers einsetzen

²⁸³ BGH 1.2.2018 – III ZR 196/17 Tz. 27, GRUR 2018, 545.

²⁸⁴ BGH 1.2.2018 – III ZR 196/17 Tz. 27, GRUR 2018, 545.

²⁸⁵ BGH 5.10.2017 – I ZR 7/16, GRUR 2018, 96.

²⁸⁶ EuGH 1.10.2019 – C-673/17, GRUR 2019, 1198.