

DSGVo: Beiträge zum Koppelungsverbot

Dieses Paper ist eine Zusammenstellung einiger Beiträge zum Thema des Koppelungsverbots in Verbindung mit der DSGVO (Datenschutz-Grundverordnung).

Beitrag aus „Lehrgang DSGVO – Gepr. Datenschutzexpertin/-experte

5. DSGVO Art. 7 – Bedingungen für die Einwilligung:

Abs. 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 (Koppelungsverbot).

Einwilligung und Koppelungsverbot im Datenschutz

Artikel aus https://www.wienerzeitung.at/themen_channel/recht/recht/907300_Einwilligung-und-Koppelungsverbot-im-Datenschutz.html, Dr. Helmut Liebel:

Laut neuer Datenschutz-Grundverordnung darf eine Vertragserfüllung nicht von der Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten abhängen.

Datenschutzrechtliche Einwilligungen werden heutzutage fast überall verlangt: bei der Teilnahme an einem Gewinnspiel oder bei der Registrierung in einem Online-Shop. Eine solche Einwilligungserklärung ist aus rechtlicher Sicht erforderlich, wenn personenbezogene Daten zu Zwecken verarbeitet werden sollen, die über die bloße Vertragserfüllung hinausgehen. Das ist etwa dann der Fall, wenn Unternehmen die Adressdaten ihrer Kunden nicht nur zum Versand der bestellten Waren, sondern auch für Marketingzwecke verarbeiten wollen.

Ab dem 25. Mai 2018 gibt die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) für die rechtsgültige Einwilligung Betroffener in eine Verarbeitung ihrer Daten neue Rahmenbedingungen vor (siehe dazu den Überblick in der Ausgabe vom 30. Juni). Besonders strenge Vorgaben gelten hinsichtlich der Freiwilligkeit einer solchen Erklärung:

Nach der aktuellen Rechtslage kommt es an sich darauf an, dass die Einwilligung "ohne Zwang" erfolgt. Was darunter genau zu verstehen ist, war gesetzlich nicht geregelt und folglich in der Praxis umstritten. Demgegenüber verlangt die DSGVO künftig eine "freiwillig" abgegebene Erklärung und enthält bereits eine Begriffsbestimmung: Demnach ist eine Einwilligung nicht freiwillig, wenn die Vertragserfüllung von der Einwilligung zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig gemacht wird, die für die Vertragserfüllung selbst nicht erforderlich ist. Damit wird in Österreich erstmals das Koppelungsverbot gesetzlich verankert. Diesem widerspricht es etwa, wenn ein Online-Händler Kundenbestellungen nur entgegennimmt, wenn der Kunde auch in die Verarbeitung seiner Daten zu Marketingzwecken einwilligt. Diese Einwilligung ist für die Lieferung der Ware nicht erforderlich. Sie würde daher im Sinne der DSGVO wohl nicht freiwillig erteilt, sondern nur, um die Bestellung vornehmen zu können.

Was bedeutet das in der Praxis? Führt eine im Widerspruch zum Koppelungsverbot erteilte Einwilligung automatisch zur Rechtswidrigkeit der Datenverarbeitung? Nein. Wurde eine Einwilligung nicht freiwillig erteilt, so ist diese zwar unwirksam. Gleichwohl kann aber eine andere datenschutz-rechtliche Rechtfertigung vorliegen, auf deren Grundlage der Unternehmer eine rechtmäßige Datenverarbeitung vornehmen kann. Ob dies der Fall ist, bedarf einer detaillierten Prüfung.

Bei Verstößen gegen die DSGVO droht nicht nur die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche durch die Betroffenen (darunter insbesondere solcher auf Unterlassung und Schadenersatz), sondern auch die Verhängung massiver Geldbußen (in Höhe von bis zu 20 Millionen Euro respektive 4 Prozent des weltweiten Vorjahresumsatzes) durch die zuständige Datenschutzbehörde. Unternehmen sind daher gut beraten, rechtzeitig zu überprüfen, ob die Art und Weise, wie sie Einwilligungserklärungen einholen, dem Kriterium der Freiwilligkeit (und hier insbesondere dem Koppelungsverbot) entspricht beziehungsweise ob andere Rechtfertigungsgründe für die Datenverarbeitung bestehen. Es bleibt nur noch wenig Zeit - die Schonfrist endet am 25. Mai 2018.

Kopplungsverbot – der Einwilligungskiller nach der DSGVO

Artikel aus <https://www.cr-online.de/blog/2016/10/11/kopplungsverbot-der-einwilligungskiller-nach-der-dsgvo/>, Niko Härting:

Wenn die DSGVO im Mai 2018 in Kraft tritt, wird man sich umgewöhnen müssen. Die Einwilligung wird nicht mehr der "Königsweg" sein, um eine Datenverarbeitung rechtssicher auszugestalten. Denn der Weg zu einer rechtssicheren Einwilligung wird durch die DSGVO zu einem Hindernislauf.

Die Norm

Eines der größten Hindernisse ist das Kopplungsverbot, das in Art. 7 Abs. 4 DSGVO angelegt ist:

"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."

Diese Vorschrift gehört zu den Bestimmungen, denen man das zähe Ringen der Beteiligten um einen Formulierungskompromiss bei jeder Silbe anmerkt. Man muss Art. 7 Abs. 4 DSGVO dreimal lesen, um auch nur annäherungsweise zu verstehen, was gemeint sein könnte.

Einwilligung in einer Standard-Konstellation

Es geht um einen Fall wie den folgenden:

Ein Online-Händler möchte bei der Registrierung eines neuen Kunden unter anderem dessen Anschrift speichern, um dem Kunden von Zeit zu Zeit Werbung zu schicken – per Briefpost. Vielleicht möchte der Online-Händler zudem die Anschrift weitergeben an nahestehende Unternehmen für deren Adress- oder Kundendatenbank.

Der Händler lässt sich im Bestellprozess vom Kunden bestätigen, dass der Kunde einverstanden ist.

Unmissverständlichkeit:

Das Einverständnis des Kunden reicht für eine "unmissverständliche" Einwilligung grundsätzlich aus (vgl. Art. 4 Nr. 11 DSGVO).

Freiwilligkeit:

Reicht dies indes auch aus, um die Anforderungen des Art. 7 Abs. 4 DSGVO zu erfüllen? Der Händler hat die Einwilligung in den Bestellprozess integriert und damit den Vertragsschluss von der Einwilligung "abhängig" gemacht. Art. 7 Abs. 4 DSGVO gibt keine eindeutige Antwort und lässt den Einwand zu, an die Einwilligung sei dennoch freiwillig erteilt worden, da der Kunde – beispielsweise – durch Hervorhebungen und Fettdruck sowie weitere Hinweise – auf die beabsichtigte Nutzung der Adressdaten hingewiesen wurde.

Der Erwägungsgrund

Die Schlupflöcher, die Art. 7 Abs. 4 DSGVO der Einwilligung fraglos lässt, geraten durch Erwägungsgrund 43 Satz 2 DSGVO in akute Gefahr:

"Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, 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."

So blumig Art. 7 Abs. 4 DSGVO formuliert ist, so gnadenlos ist die Formulierung dieses Erwägungsgrundes: Eine Werbeeinwilligung ist nicht erforderlich, damit der Händler dem Kunden die bestellte Ware liefern und den Kaufpreis kassieren kann. Damit gilt die Einwilligung nach dem Erwägungsgrund "nicht als freiwillig erteilt" und ist somit unwirksam.

Folgenreiche Widersprüchlichkeit

Die DSGVO ist an dieser Stelle fraglos inkonsistent. Die Norm (Art. 7 Abs. 4 DSGVO) und der zugehörige Erwägungsgrund enthalten widersprüchliche Aussagen. Welche praktischen Folgen dies für die Beratung haben wird, ist absehbar:

Strenge Auslegung: Aufsichtsbehörden und Verbraucherschützer werden sich auf den strengst möglichen Standpunkt stützen und von einem strengen Kopplungsverbot ausgehen. Erwägungsgrund 43 Satz 2 DSGVO ist ein starkes Argument.

Rechtsunsicherheit: Berater werden zwar geneigt sein, die Spielräume zu betonen, die Art. 7 Abs. 4 DSGVO eröffnet. Sie wären jedoch schlechte Berater, wenn sie ihre Klienten nicht auf die erhebliche Rechtsunsicherheit hinweisen würde, die sich aus der unklaren Rechtslage ergibt.

Datenverarbeitungsprozesse, die in den Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 4 DSGVO fallen, wird man nicht mehr guten Gewissens ausschließlich auf die Einwilligung stützen können.

Auswege?

Ein gangbarer Weg zu einer rechtssicheren Einwilligung ist in den Fällen des Art. 7 Abs. 4 DSGVO nicht ersichtlich. Ein Ausweg mag beispielsweise in der Abkoppelung der Einwilligung vom Vertragsschluss liegen, indem der Kunde erst nach Vertragsschluss um Abgabe der Einwilligungserklärung gebeten wird. Der Händler müsste dann indes damit rechnen, dass eine Vielzahl von Kunden die Abgabe verweigern. Schlecht für die Effizienz und Breitenwirkung der geplanten Werbemaillings.

Letztlich wird man entweder die Unsicherheiten bei der Auslegung des Art. 7 Abs. 4 DSGVO in Kauf nehmen müssen ("Augen zu und durch"). Oder man muss auf "berechtigte Interessen" im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO setzen. Die Anforderungen an die "berechtigten Interesse" sind nicht allzu hoch, wenn es um Daten geht, die zu Werbezwecken verwendet werden sollen, denn der letzte Satz des Erwägungsgrundes 47 DSGVO erkennt die Direktwerbung als mögliche, wenn auch nicht zwingende Legitimation für eine Datenverarbeitung ausdrücklich an:

“Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.”

Die Unsicherheiten, die sich aus diesem “Kann-Satz” ergeben, sind für den Online-Händler, der Werbung treiben möchte, zwar gleichfalls misslich. Dennoch wird dem Händler wenig anderes übrig bleiben, als sich nicht ausschließlich auf eine Einwilligung zu verlassen mit dem Damoklesschwert eines gnadenlosen Kopplungsverbots.

Fazit

Ein “Königsweg” wird die Einwilligung ab Mai 2018 nicht mehr sein. Umso mehr Aufmerksamkeit verdienen die “berechtigten Interessen” als zweites Standbein einer datenschutzkonformen Strategie oder gar als Alternative zur einwilligungsbasierten Datenverarbeitung.

Strengeres Koppelungsverbot nach der DS-GVO

Aus <https://datenschutzbeauftragter-hamburg.de/2017/04/strengeres-koppelungsverbot-nach-der-ds-gvo/>

Bereits das heutige Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) enthält Regelungen, die es verbieten, den Abschluss eines Vertrags von einer Einwilligung des Betroffenen zum Empfang von Werbung oder der Freigabe seiner Daten zum Adresshandel abhängig zu machen. Dieses allerdings mit der Einschränkung, dass dieses gilt, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.

Gewinne, Gewinne, Gewinne!

Ein gutes Beispiel sind hier die allseits beliebten Gewinnspiele oder Newsletter-Abos. In vielen Fällen wird die Teilnahme hieran von der Einwilligung zum Empfang von Werbung abhängig gemacht, was auch zulässig sein dürfte. Anders sieht das beispielsweise beim Abschluss eines Telekommunikationsvertrags aus: Hier ist der Markt auf wenige Anbieter beschränkt und jeder Anbieter nimmt für sich in Anspruch, einzigartig zu sein. Damit wäre es nicht zulässig, einen solchen Vertrag von einer Einwilligung in den Empfang von Werbung zu machen.

Zukünftig Strengeres Koppelungsverbot

Mit der DS-GVO kommt nun ein strengeres Koppelungsverbot als heute: Art. 7 Abs. 4 DS-GVO regelt klar, dass Einwilligungen nur dann gültig sind, wenn die Erfüllung eines Vertrags unabhängig von der Einwilligung zu nicht für den Vertragszweck notwendiger Verarbeitungen ist. Anders ausgedrückt: Die Teilnahme an einem Gewinnspiel darf nicht mehr an das Abonnement eines Newsletters gekoppelt werden. Ausnahmen gibt es keine. Dabei ist hervorzuheben, dass die DS-GVO sich hier nicht ausschließlich auf Werbung (und Adresshandel) bezieht, wie das BDSG, sondern dass es allgemein um das Thema Einwilligungen geht. Zukünftig müssen also grundsätzlich die Zustimmungen zu allen Verarbeitungen, welche inhaltlich von einander zu trennen sind, auch getrennt abgegeben und auch widerrufen werden können.

Das Aus für Gewinnspiele?

Bei „echten“ Dienstleistungen, wie Mobilfunkverträgen oder Bankkonten ändert sich mit dieser Neuregelung für die betroffenen Personen erst einmal nichts. Es wird vermutlich weiterhin von den Anbietern mit allen Mitteln versucht werden, den Kunden eine entsprechende Einwilligung abzurufen. Allerdings dürfte auch das zukünftig aufgrund des „privacy-by-default“-Prinzips schwerer werden, dürfen entsprechende Abfragen doch nicht mehr mit der Zustimmung vorbelegt werden.

Jetzt stellt sich die Frage, wie es mit Gewinnspielen weiter geht. Die Bedingung, dass man nur teilnehmen kann, wenn man in Werbung einwilligt, ist zukünftig nicht mehr zulässig. Vermutlich werden über kurz oder lang findige Marketing-Experten auf die Idee kommen, das ganze umzudrehen:

Erst erfolgt die Einwilligung in Werbung. Erst im Nachgang wird die Teilnahme an einem Gewinnspiel angeboten. Technisch ließe sich das so gestalten, dass das Gewinnspiel tatsächlich erst angeboten wird, wenn die Einwilligung in Werbung vorliegt. Wir meinen allerdings, dass auch diese Umkehrung nicht zulässig wäre. Hierzu hat das LDA Bayern vor kurzem eine in unseren Augen interessante Auslegung veröffentlicht (Zitat): Daraus dürfte folgen, dass bei „kostenlosen“ Dienstleistungsangeboten, die die Nutzer mit der Zustimmung für eine werbliche Nutzung ihrer Daten „bezahlen“ (z. B. kostenloser E-Mail-Account gegen Zustimmung für Newsletter-Zusendung als „Gegenfinanzierung“), diese vertraglich ausbedungene Gegenleistung des Nutzers bei Vertragsabschluss klar dargestellt werden muss. Raum oder Notwendigkeit für eine Einwilligung besteht dann nicht mehr.

Das LDA Bayern vertritt also den Standpunkt, dass im Rahmen der Interessenabwägung bei kostenlosen Dienstleistungen durchaus angenommen werden kann, dass der Empfang von Werbung als Gegenleistung eines Vertrags angesehen werden kann. Wir sehen diese Ansicht durchaus als im Sinne der Nutzer, denn ohne die Möglichkeit der Werbung dürfte das Angebot an kostenlosen Dienstleistungen stark abnehmen. Wichtig ist, wie auch das LDA Bayern schreibt, dass der Nutzer in den Vertragsbedingungen über die Nutzung für Werbung aufgeklärt werden muss. Werbung wird damit sozusagen Produktbestandteil.
Bezahlen mit Daten

Spinnt man den Gedanken weiter, so könnte man das Bezahlen mit Daten durchaus zukünftig ganz offiziell in Produkte integrieren: Neben einer preiswerten, aber kostenpflichtigen Variante wird eine mit identischen Leistungen angeboten, welche kein Geld, sondern die Einwilligung in Werbung kostet. Damit wäre dem Koppelungsverbot aus unserer Sicht Rechnung getragen. Ein solches Produktdesign passt unseres Erachtens auch zu der Vorgabe, dass jede Einwilligung durch die betroffene Person widerrufbar sein muss. In einem solchen Fall würde das Produkt, welches abgeschlossen wurde, beibehalten. Allerdings wäre dann die Bezahlung mit Daten hinfällig und es würde wieder ein Geldbetrag anfallen. Gleichzeitig wäre damit auch der Wert der zur Verfügung gestellten Daten bepreist.

Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die neuen Regelungen der DS-GVO zwar durchaus schärfer sind als die aktuellen, es werden sich aber auch zukünftig noch Möglichkeiten finden, von den Nutzern eine Einwilligung zum Empfang von Werbung zu erhalten.

Wir empfehlen Ihnen, Ihre werblichen Maßnahmen auf Konformität mit den Regelungen der DS-GVO zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Gerne unterstützen wir Sie dabei.

Einwilligung und Koppelungsverbot in BDSG und DS-GVO

BvD Herbstkonferenz Datenschutz 2017, Stuttgart, den 26. Oktober 2017

Thomas Kahl Rechtsanwalt – TaylorWessing. Gesamter Artikel unter

https://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0ahUKEwiloJDcrvrZAhXCXCwKH XKJAU8QFgh1MAg&url=https%3A%2F%2Fwww.bvdnet.de%2Fwp-content%2Fuploads%2F2017%2F10%2FThomas-Kahl_Koppelungsverbot_BvD-Herbstkonferenz_26.10.2017.pdf&usg=AOvVaw21TShbTpA-3GssgJNse_tt

Koppelungsverbot & DS-GVO

Was denn jetzt?

Art. 7 Abs. 4 DS-GVO

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, [...], von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, **die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind**.

- ⇒ „Flexible“ Auslegungsregel
- ⇒ (maximal) „beschränktes“ Koppelungsverbot



EG 43 S. 2 DS-GVO

Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn [...] die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, **von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist**.

- ⇒ Starre Auslegungsregel
- ⇒ „Striktes“ Koppelungsverbot

10

TaylorWessing

Koppelungsverbot & Datenschutz

Was folgt daraus ?

- ✘ **Grundsatz:** Erweitertes Koppelungsverbot
- ✘ Keine Beschränkung auf Werbung / TK
- ✘ (P) Reichweite & Verhältnis Art. 7 (4) vs. EG 43 S.2
 - ⇒ Auslegung nach Systematik / Historie
 - ⇒ Wortlaut Art. 7 (4) wohl maßgeblich
- ✘ **Folge:** KEIN striktes Koppelungsverbot
- ✘ Abwägung im Einzelfall möglich
- ✘ Monopolsituationen als (starker) Indikator (Frage: Verfügbarkeit gleichwertiger Leistung)
- ✘ (P) Kopplung bei entgeltlichen Geschäften
- ✘ (P) Umgang mit „unentgeltlichen“ oder teilsubventionierten Leistungen (z.B. „Daten gegen Service Modelle“)



11

TaylorWessing

Das Kopplungsverbot nach DSGVO

Dez 18, 2017/Conrad Lienhardt aus <https://fokus.genba.org/das-kopplungsverbot-nach-dsgvo>

Einwilligungen sind das Nadelöhr durch das Unternehmen, Organisationen und andere sogenannte Verantwortliche müssen, um personenbezogene Daten verarbeiten zu dürfen – sofern keine berechtigten Interessen vorliegen. Um Einwilligungen schmackhaft zu machen, bzw. um Betroffene zur Einwilligung zu veranlassen, wird diese häufig mit der Teilnahme an Gewinnspielen, Anmeldung für Events u.v.a.m. verknüpft. Das nennt man Kopplung und das ist verboten.

Das Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO geht davon aus, dass eine Einwilligung in Sinne der DSGVO freiwillig erfolgen muss, unabhängig vom Kontext. Genau lautet die Formulierung:

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.

Im ErwG 43 heißt es dazu deutlich konkreter:

Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, 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.

Der Begriff „Kopplungsverbot“ selbst wird in der DSGVO nicht verwendet. Der Sachverhalt wird jedoch üblicherweise als Kopplungsverbot bezeichnet und ist im Grund nicht wirklich neu, auch wenn es in Österreich nun erstmals gesetzlich verankert wird. Es wird ausschließlicher formuliert und bei einer Missachtung drohen mit bis zu 20 Millionen Euro, beziehungsweise 4 Prozent des vorjährigen weltweiten Unternehmensumsatzes enorme Strafen und möglicherweise Unterlassungsklagen und Schadensersatzforderungen.

Umso problematischer ist die Unsicherheit, die eine gewisse Widersprüchlichkeit von ErwG 42 und Art. 7 Abs 4 DSGVO mit sich bringt.

Eine Widersprüchlichkeit schafft Unsicherheit

Während Art. 7 Abs. DSGVO noch einen gewissen Spielraum lässt, formuliert ErwG 43 unmissverständlich, dass beispielsweise Werbeeinwilligungen nicht erforderlich sind, damit im Handel bestellte Waren zugestellt und Zahlungen abgewickelt werden können. Eine Verknüpfung würde die Einwilligung unwirksam machen, da diese eben nicht freiwillig zustande käme.

Im Verfahrensfall wird es davon abhängen, ob die Aufsichtsbehörde oder die Gerichte der strengen Auslegung folgen. Zumindest bis entsprechende Fälle durch die Instanzen gegangen sind wird diese Unsicherheit risikobehaftet sein.

Kopplungsverbot bei Gewinnspielen

In der bisherigen Praxis wurde vielfach die Teilnahme an Gewinnspielen mit der Einwilligung zur Zusendung von Werbung verknüpft. Das ist letztlich der Kern des hinter Gewinnspielen stehenden Geschäftsmodells. Das Kopplungsverbot hebt dieses Geschäftsmodell weitgehend aus, denn es entkoppelt die Teilnahme am Gewinnspiel von der Einwilligung Werbung zugeschickt zu bekommen, was die Konversionsraten deutlich reduzieren wird.

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass durch Integrieren der Werbeeinwilligung ein, wenngleich nicht gesicherter, aber doch möglicher Ausweg gefunden werden könnte. Intersoft Consulting Services meint, dass die Werbeeinwilligung rechtskonform integriert werden könnte, nach dem Prinzip: Wir ermöglichen die Teilnahme ... Sie zahlen mit Ihren Daten. Diese Verknüpfung müsse nur klar nach außen kommuniziert werden. Und in der Tat, so Intersoft Consulting Services, bedürfte es dann wohl keiner separaten Einwilligung mehr. Auch wenn sich die Autoren dabei auf eine Information der bayerischen Aufsichtsbehörde beziehen, halte ich diese Herangehensweise für nicht stichhaltig. Ebenso problematisch dürfte es sein, in solchen Fällen auf berechnete Interessen nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO zu setzen, wie das Niko Härting in Betracht zieht. (Siehe Beitrag Berechnete Interessen - Was ist damit in der DSGVO gemeint?)

Es ist klüger zu warten, bis es via Instanzenweg eine verlässliche Klärung gibt. Das Risiko ist zu einfach hoch.

Weitere Beispiele für unfreiwillige Einwilligungen

Für den Download von beworbenen **Gratis-Whitepapers** verlangen manche Anbieter, darunter auch namhafte Unternehmen, die Bekanntgabe von deutlich mehr Daten, als nur eine E-Mail Adresse zur Übermittlung eines Download-Links. Wie bei Gewinnspielen wird auch in solchen Fällen versucht, über eine Gratisleistung das Einverständnis für Werbezusendungen zu erhalten, in machen Fällen sogar die Einwilligungen zum telefonischen Kontakt oder zum Besuch eines Beraters. Selbst unter Berücksichtigung der weiter oben erwähnten Einschätzung der bayerischen Aufsichtsbehörde (Einwilligung als Gegenleistung für „kostenlose“ Dienstleistungsangebote) wäre die erzwungene Einwilligung bei einer als gratis beworbenen Dienstleistung unwirksam, da in diesem Fall die Dienstleistung nicht mehr gratis wäre.

Was relativ häufig vorkommt, ist die **„erzwungene“ Einwilligung fotografiert oder gefilmt werden zu dürfen** und zur Veröffentlichung dieser Daten bevor eine Anmeldung zu einer Tagungen, einem Kongress oder anderen Events online möglich ist. Damit wollen Veranstalter von Teilnehmer*innen die Rechte an deren eigenem Bild für die jeweilige Veranstaltung eingeräumt bekommen und das in einer organisierbaren Weise. Aber nicht alles, was praktisch und pragmatisch ist, ist auch erlaubt. Sollte Ihr Unternehmen daher bei Veranstaltung diese Form von Kopplung gewählt haben, oder aber sogar unter Teilnahmebedingungen die Einwilligung versteckt haben, müssen Sie davon ausgehen, dass die Einwilligung unwirksam ist und damit das Unternehmen gegen die DSGVO verstößt.

Tipp:

Verzichten Sie darauf, Interessenten oder Kunden zu einem Verhalten zwingen zu wollen. Kundenorientierte Unternehmen werden kein Problem damit haben, dass Einwilligungen freiwillig erfolgen müssen. Schließlich sollte dies nicht nur eine datenschutzrechtliche, sondern auch eine ethische Selbstverständlichkeit sein. Sollte es allerdings an Einsicht fehlen, dann ist es mit Blick auf die massiven Strafdrohungen zumindest ratsam, auf unerlaubte Kopplungen verzichten.

EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO): Einwilligungserklärung

Auszug aus <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/EU-Datenschutz-Grundverordnung:-Einwilligungserklaerung-.html>:

[...] Die Einwilligungserklärung:

Unter einer „Einwilligung“ versteht die DSGVO jede freiwillig, für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung durch die betroffene Person in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

- Daraus folgt, dass eine Einwilligungserklärung etwa schriftlich, elektronisch (z.B. durch aktives Anklicken einer vorformulierten Einwilligungserklärung) oder mündlich, aber auch in konkludenter Form erfolgen kann. Ein bloßes Schweigen oder Untätigkeit der betroffenen Person kann keine Einwilligung darstellen, sofern nicht andere sonstige Begleitumstände eindeutig auf ein Zustimmung zur Datenverarbeitung hinweisen (z.B. klares Kopfnicken auf die Frage, ob die betroffene Person mit einer Datenverarbeitung für einen bestimmten Zweck einverstanden ist).

„Freiwillig“ ist eine Einwilligungserklärung dann, wenn die betroffene Person ihre Zustimmung insbesondere ohne Zwang und nach freier Entscheidungsmöglichkeit abgegeben hat.

Freiwilligkeit ist insbesondere dann zweifelhaft:

- wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert Einwilligungserklärungen erteilt werden können, obwohl es im Einzelfall angebracht ist,

Tipp:

Holen Sie für jeden Verarbeitungszweck eine gesonderte Einwilligung ein.

- wenn die Erfüllung eines Vertrages, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich ist (Koppelungsverbot),
- wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht (z.B. wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt).
- Eine weitere Voraussetzung für eine gültige Einwilligungserklärung ist, dass sie sich auf „bestimmte Fälle“ beziehen muss. Daraus folgt, dass die betroffene Person im Rahmen der Einwilligungserklärung in Kenntnis gesetzt werden muss, welche Datenarten für welche konkreten Zwecke verarbeitet werden sollen.
- Nach der Definition muss eine Einwilligung durch den Betroffenen auch in „informierter Weise“ erfolgen. Neben dem bereits angeführten Erfordernis der Kenntnis, welche Datenarten zu welchen Zwecken verarbeitet werden, sieht die DSGVO vor allem für schriftliche Erklärungen weitere Bedingungen vor: So hat die (vorformulierte) Zustimmungserklärung vor allem in verständlicher und leicht zugänglicher Form sowie in einer klaren und einfachen Sprache zu erfolgen. Ist die Einwilligungserklärung z.B. in AGB eingebettet, die noch andere Sachverhalte mitumfassen (z.B. Regelungen über die Gewährleistung oder Zahlungsbedingungen) so muss die Einwilligungserklärung sich von den anderen Sachverhalten klar „unterscheiden“.
- Praxistipp:
- Das kann entweder durch eine Separierung erfolgen oder – weniger empfehlenswert (u.a. wegen des „Koppelungsverbots“) - durch eine optische Hervorhebung innerhalb der AGB (z.B. durch Fettdruck und dicke schwarze oder sonstige farbliche Umrahmung).

Bedeutet das Kopplungsverbot nach der DSGVO das Aus für Einwilligungen?

Autor: [Henry Pohlig](#) Erstellt am: 17. August 2017 Rubrik: [Einwilligung](#) aus <https://www.pingdigital.de/blog/2017/08/17/bedeutet-das-kopplungsverbot-nach-der-dsgvo-das-aus-fuer-einwilligungen/1167>

Ab Mai 2018 tritt die Datenschutz – Grundverordnung (DSGVO) in Kraft und mit ihr kommen grundlegende Veränderungen für das Datenschutzrecht. Nach geltendem Recht ist in § 28 Abs. 3b BDSG ein Kopplungsverbot normiert, jedoch für den besonderen Fall der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung. Der Abschluss eines Vertrags darf nicht von einer Einwilligung zu diesen Zwecken abhängig gemacht werden. Eine Ausnahme besteht dann, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung in zumutbarer Weise möglich ist.

Mit Inkrafttreten der DSGVO wird das Kopplungsverbot durch Art. 7 Abs. 4 und in EG (43) S. 2 DSGVO erweitert. Strittig ist wie umfangreich sich das Kopplungsverbot nach neuem Datenschutzrecht gestaltet. Art. 4 Nr. 11 DSGVO nennt die Freiwilligkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Einwilligung (Vgl. Buchner/ Kühling in Kühling/ Buchner, DSGVO, 1. Aufl., 2017, Art. 7 Rn. 41 ff.). Nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO kann es an der Freiwilligkeit fehlen, wenn die Einwilligung an einen Vertrag gekoppelt wird.

In Art 7 Abs. 4 DSGVO heißt es:

„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 [...] von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 DSGVO spricht gegen ein „absolutes Kopplungsverbot“, da eine Kopplung nicht grundsätzlich verboten ist, sondern „dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden“ muss, ob eine Kopplung erforderlich ist (Vgl. Frenzel in Paal/ Pauly, Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2016, Rn. 18) . Somit wird dem Verantwortlichen hier ein Spielraum gewährt. Fraglich ist, wie dieser Spielraum auszulegen ist. Es lässt sich argumentieren, dass wenn der Betroffene zuvor ausreichend informiert wird, er auch eine freie Wahl hat, sich für oder gegen einen Abschluss des Vertrages zu entscheiden. Des Weiteren gilt dies auch für den Fall, wenn der Betroffene die Möglichkeit hat, zwischen verschiedenen Anbietern derselben Leistung auszuwählen, sich aber für denjenigen entscheidet, der den Vertragsschluss von der Erteilung der Einwilligung abhängig macht (Vgl. Schulz in Gola, DS-GVO, Rn. 23). Anders gestaltet sich dies bei EG (43) S. 2 DSGVO, dessen Wortlaut eindeutig ist und für ein „absolutes Kopplungsverbot“ spricht.

In EG (43) S. 2 DSGVO heißt es:

„Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, [...] wenn die Erfüllung eines Vertrags [...] von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.“

Folgt man dem Wortlaut, gibt es nach EG (43) S. 2 DSGVO keinen Spielraum zur Auslegung der Freiwilligkeit. Die Unwirksamkeit der Einwilligung ist im Falle einer Kopplung demnach die Regel, wenn die durch die Einwilligung abgedeckte Datenverarbeitung nicht zwingend für die „Erfüllung des Vertrages“ erforderlich ist (Vgl. Plath in Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl., 2016, Art. 7 Rn. 14 ff.). Demnach ist es unerheblich, ob dem Betroffenen eine Ausweichmöglichkeiten zu anderen Vertragspartnern mit ähnlichen Konditionen zur Verfügung stehen, wenn die Datenverarbeitung nicht zwingend für die „Erfüllung des Vertrages“ erforderlich ist. EG (43) S. 2 DSGVO schränkt somit den Beurteilungsspielraum des Art. 7 Abs. 4 DSGVO stark ein, nach dem eine Kopplung unter Berücksichtigung aller Umstände und nach Durchführung einer Erforderlichkeitsprüfung rechtfertigen könnte.

Trotz der Deutlichkeit des EG (43) S. 2 DSGVO ist hier nicht ersichtlich, dass Art. 7 Abs. 4 DSGVO ein „absolutes Kopplungsverbot“ normiert. Denn hätte der Ordnungsgeber ein solches Kopplungsverbot gewollt, hätte er dieses in Art. 7 Abs. 4 DSGVO konkreter fassen können. Es ist nicht abzuleiten, dass es sich bei dem Auslegungsspielraum des Art. 7 Abs. 4 DSGVO um eine planwidrige Gesetzeslücke handelt. Trotz alledem hinterlässt das Zusammenspiel zwischen Verordnungstext und Erwägungsgrund eine gewisse Unsicherheit.

Einig ist man sich in der bisher veröffentlichten Literatur, dass aus Art. 7 Abs. 4 DSGVO ein allgemeines Kopplungsverbot abzuleiten ist, welches im Vergleich zum BDSG erweitert wird. Durch die Unsicherheiten in der Auslegung verliert die Einwilligung als Rechtsgrundlage zur Verarbeitung personenbezogener Daten unter der DSGVO an Rechtssicherheit.

Wer sicher gehen will, entkoppelt die Einwilligung und holt diese zu Lasten der Konversionsrate getrennt ein. Auch besteht die Alternative, die Datenverarbeitung zukünftig verstärkt auf die berechtigten Interessen gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO zu stützen.

Was passiert mit "alten" Einwilligungen?

Auszug aus <https://www.dataprotect.at/2017/05/20/dsgvo-einwilligungen-gelten-die-alten-zustimmungen-weiter/>

Zustimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Heftig diskutiert wurde in Österreich die Frage, ob eine Zustimmungserklärung in AGB ausreichend ist, oder nicht. Eine „Grundsatzentscheidung“ dazu fällt der OGH bereits 1999 (7Ob170/98w, 27.01.1999, „Mercur-Entscheidung“).

Der OGH führte aus: „Die Zustimmungserklärung muss zu übermittelnde Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnen; mit einer solchen Klausel muss der Betroffene nicht im "Kleingedruckten" rechnen.“ (RS 0111809) Der OGH hielt ausdrücklich fest, dass die verwendete Klausel „überdies auch wegen der fehlenden Hervorhebung im Text gesetzwidrig“ sei.

Grundsätzlich wäre es zulässig, eine Klausel zur Einwilligung von personenbezogenen Daten in AGB aufzunehmen, und zwar dann, wenn diese Klausel hervorgehoben wird, sodass die betroffene Person den Inhalt wahrnimmt. Diese Art der Verwendung wird jedoch aufgrund des Kopplungsverbot es unzulässig sein, wenn die betroffene Person der Verwendung von Daten, die nicht zur Vertragserfüllung notwendig sind, oder der Weitergabe der Daten an Dritte damit zustimmt, da dann die Entscheidung, dieser (konkreten) Datenverwendung zuzustimmen, nicht mehr „freiwillig“ erfolgt (siehe unten Pkt. 4.2.)

Wenn es sich um eine Einwilligungserklärung handelt, die nur die Datenverwendung, die ohnehin aufgrund der Vertragserfüllung notwendigerweise erfolgt, umfasst, dann ist die Klausel zulässig, aber an sich überflüssig.

Kopplungsverbot insbes. in AGB

Insbes. bei einer Weitergabe von (personenbezogenen) Daten an Dritte, der eine betroffene Person zustimmt, ist auch zu beachten, dass die Einwilligung „frei von Zwang“ erfolgen muss. Aus dieser notwendigen Freiwilligkeit resultiert das sog. Kopplungsverbot, welches auch in der Rechtsprechung bereits dokumentiert ist.

Die Datenschutzbehörde (K212.766/0010-DSK/2012, 13.07.2012) hat dazu entschieden:

„... hat der Kunde nur die Wahl, vom Abschluss des Vertrags Abstand zu nehmen oder die Zustimmungserklärung zu erteilen. ... Die ... Gestaltung der AGB führt daher zum Ergebnis, dass auch jene Kunden, die nie bereit wären, eine derartige Zustimmung zu erteilen, aber dennoch den Vertrag abschließen wollen, eine entsprechende Zustimmungserklärung zunächst abgeben müssen, um sie erst in weiterer Folge widerrufen zu können. ... Dieses Ergebnis ist mit der – streng zu beurteilenden – Freiwilligkeit datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen nicht zu vereinbaren.“

Die Datenschutzkommission hält daher eine derartige Einbindung datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen in AGB als nicht zulässig. Vielmehr muss dem Kunden die Möglichkeit gegeben werden, den angestrebten Vertrag auch ohne die Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung abzugeben ("Opt-in"- Lösung), etwa durch eine Gestaltung der AGB, bei der die Zustimmungserklärung gesondert anzuklicken ist.

Es ist nicht zulässig, eine Zustimmungserklärung zur Verwendung von personenbezogenen Daten, die über den Zweck der Vertragserfüllung hinausgeht, so mit dem Vertrag zu verbinden, dass die betroffene Person nur die Wahl hat, entweder Vertragsabschluss mit Zustimmung zur Datenverwendung oder kein Vertragsabschluss. Dann wird die Einwilligung nicht freiwillig erteilt, und ist daher ungültig. Wenn ein Vertrag abgeschlossen wird, dann darf der Auftraggeber (in Zukunft: Verantwortliche) die Daten, die zur Vertragserfüllung notwendig sind, verarbeiten (siehe ab 25.5.2018: Art 6 Abs (1) lit b DSGVO; § 8 (3) Z 4 DSG: „zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und Betroffenen erforderlich“). Eine (gesonderte) Einwilligung ist für die Verarbeitung dieser konkreten Daten nicht notwendig. Möchte er die Daten auch für andere Zwecke, z.B. Marketing verwenden, oder die Daten an andere Empfänger (Konzernunternehmen) weitergeben oder andere (mehr) Daten(arten) verarbeiten als für die Vertragserfüllung notwendig sind oder diese länger speichern, dann ist dafür eine gesonderte Zustimmung notwendig; diese darf nicht mit dem Vertragsabschluss gekoppelt.

Zulässigkeit der Datenverarbeitung (Teil 1): Die Einwilligung der betroffenen Person

Auszug aus <https://eu-dsgvo.at/tag/kopplungsverbot/>

Beispiel für ein Kopplungsverbot:

Eine Bildbearbeitungs-App fürs Smartphone nimmt sich in seinen Datenschutzbestimmungen das Recht heraus, auf das Telefonbuch des Nutzers, auf die Nutzungsdauer des Handys und auf seine Standortdaten zuzugreifen. Dies sind eindeutig Daten, die nicht zur Bearbeitung von Fotos benötigt werden. Möchte der Nutzer die App jedoch nutzen, muss er den Zugriff vollumfänglich erlauben. Diese Datenschutzbestimmungen widersprechen den Kopplungsverbot und wären gemäß der EU-DSGVO rechtswidrig.