

Gelbe Erläuterungsbücher

BDSG Bundesdatenschutzgesetz

Kommentar

von

Prof. Dr. Peter Gola, Christoph Klug, Barbara Körffer, Dr. Rudolf Schomerus

12. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67176 0

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

über die Einwilligung entscheiden, wenn er die vorgesehenen Verarbeitungen kennt und daher auch eine hinreichend bestimmte Erklärung abgeben kann. Vorformulierte Einwilligungen müssen dies auch in der Überschrift deutlich machen. Eine Überschrift „Datenschutz“ genügt dem nicht (AG Elmshorn, RDV 2005, 174). Eine Erklärung des Betroffenen, er sei mit jeder weiteren Form der Verarbeitung seiner Daten einverstanden, kann nicht ausreichen. Der Betroffene muss wissen, was mit den Daten geschehen soll. Dazu muss er zunächst wissen, auf welche personenbezogenen Daten sich die Einwilligung bezieht. Dies kann nach Auffassung der Aufsichtsbehörde Baden-Württemberg (Hinweis zum BDSG Nr. 3, Staatsanz. 1978, Nr. 52, S. 4) auf zweifache Weise erreicht werden: Entweder durch Nennung der betreffenden Daten oder durch Bezugnahme auf einen Datensatz (z. B.: „die auf der Vorderseite; die im Auftrag vom . . . unter Nr. 1 bis 12; im Schreiben vom . . . aufgeführten Daten“). Bei einer derartigen Bezugnahme dürfen keine Zweifel über den Umfang der Daten bestehen. Unklarheiten gehen zu Lasten der verantwortlichen Stelle.

6.3 Der Betroffene ist ferner über den **Zweck der Speicherung** aufzuklären 27 sowie über den Zweck und Empfänger ggf. vorgesehener Übermittlungen. Eine Erklärung: „Ich willige ein, dass meine Daten auch an andere Firmen weitergegeben werden“, genügt auch bei der Weitergabe für Werbezwecke nicht (Simitis in: Simitis, BDSG § 4a Rn. 82). Nach dem OLG Hamm (RDV 2006, 263) wird ein Betroffener bei Einholung einer Pauschalen Einwilligung in **Telefonwerbung** unangemessen benachteiligt, wenn sich die Erklärung nicht nur auf Werbung im Rahmen der konkreten Vertragsbeziehung, sondern auch die Werbung für sonstige Vertragsabschlüsse mit Dritten beinhaltet. Für den Verbraucher wäre es angesichts des bestehenden Adressenhandels undurchschaubar, wer sich auf ein solches Einverständnis berufen könnte.

6.4 Ein Hinweis darauf, welche Folgen eine **Verweigerung der Einwilligung** 28 hat, ist nur zu geben, wenn es nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich ist oder der Betroffene es verlangt. Erforderlich ist der Hinweis, falls der Betroffene ansonsten nach objektiver Sicht „die Sachlage nicht erkennen kann“ (vgl. Art. 2 Buchst. h EG-DatSchRL). Die Hinweispflicht setzt voraus, dass die Einwilligung beim Betroffenen „eingeholt“ wird, d. h. von ihm erbeten bzw. von ihm abverlangt wird beim Ausfüllen eines Antragsformulars, eines Datenerhebungsbogens etc. (vgl. AG Elmshorn, RDV 2005, 174 im Hinblick auf die Unwirksamkeit der „unaufgeklärten“ Abforderung). Die Pflicht besteht nicht, wenn der Betroffene seine Daten von sich aus zur Verfügung stellt und dabei ausdrücklich oder – ausnahmsweise – konkludent für bestimmte Zwecke seine Einwilligung erklärt.

7. Form, Zeitpunkt und Dauer der Einwilligung

7.1 Gem. **Absatz 1 Satz 3** bedarf die Einwilligung grundsätzlich der **Schrift-** 29 **form**, wobei damit die in § 126a BGB geregelte elektronische Form nicht ausgeschlossen ist (§ 126 Abs. 3 BGB). Regelmäßig bedarf sie der Unterschrift, Fax oder E-Mail genügen nicht. Ist die Einwilligung Teil eines Vertragstextes ist sie drucktechnisch besonders hervorzuheben. Einer gesonderten Unterschrift bedarf es nicht (BGH MMR 2008, 731). Ist die Erteilung nicht für das Rechtsgeschäft zwingend, genügt eine **Opt-out-Klausel** bzw. der Hinweis auf die Möglichkeit den Einwilligungstext zu streichen (BGH, CR 2010, 87). Anderes gilt bei Einwilligungen in Telefon- und E-Mail-Werbung. Hier bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung, gefordert ist also ein **Opt-in** (BGH, CR 2008, 720). Um den Nachweis der Abgabe der im elektronischen Wege abgegebenen Einwilligung führen zu können, wird hier der Weg des „**Double-Opt-in**“ praktiziert, d.h. die erklärte Zustimmung soll durch ein Anklicken eines Links oder eine Bestätigungs-Mail bekräftigt werden. Ein Form-

§ 4a

Einwilligung

verstoß würde in entsprechender Anwendung der §§ 125, 126 BGB die Einwilligung unwirksam machen und zur Unzulässigkeit der darauf basierenden Datenverarbeitungen führen.

- 29a** Nur unter besonderen Umständen kann eine andere Form angemessen sein (nach Simitis in: Simitis, BDSG § 4a Rn. 43 ff. m. w. N. kann das nur eine ausdrückliche mündliche – nicht eine stillschweigende, konkludente – Erklärung sein; vgl. auch Körner-Dammann, NJW 1992, 730). Eine fortdauernde „stillschweigende“ Einwilligung kann z. B. bei einer Geschäftsbeziehung von längerer Dauer angenommen werden. Hier ist es nicht vertretbar, bei jeder neuen Datenerhebung eine schriftliche Einwilligung zu verlangen. Hat sich der Betroffene mit der Datenverarbeitung einmal einverstanden erklärt, so kann bei unveränderten Verhältnissen davon ausgegangen werden, dass die Einwilligung auch fortdauernd wirksam ist. Ein Sonderfall wird z. B. auch bei telefonisch durchgeführten **Meinungsumfragen** vorliegen, bei denen eine schriftliche Einwilligung nicht eingeholt werden kann (vgl. hierzu auch § 30 Rn. 5) oder wenn eine schriftliche Einwilligung die Tätigkeit des Interviewers unangemessen erschweren würde, wobei jedoch der mit der Schriftlichkeit der Einwilligung verbundene „Abschreckungseffekt“ durchaus vom Gesetzgeber gewollt keine Rolle spielen darf. Auch eine besondere Eilbedürftigkeit kann die Schriftform verzichtbar werden lassen. Eine konkludente Einwilligung zur Informationszusendung kann nach Auffassung der Aufsichtsbehörden in der Überreichung einer Visitenkarte im Rahmen eines geschäftlichen Kontakts vorliegen.
- 30** 7.2 Eine besondere Verpflichtung bei mündlich eingeholten Einwilligungen regelt § 28 Abs. 3a, indem dem Betroffenen die Abgabe der **Einwilligung schriftlich zu bestätigen** ist. Nach Ansicht der Aufsichtsbehörden kann das in Textform (E-Mail; PDF-Dokument) geschehen (vgl. RDV 2014, 49 (51)). Die Bestätigung kann bei hinreichender Deutlichkeit zusammen mit der ersten werblichen Ansprache erfolgen. Für elektronisch erklärte Einwilligungen genügt die Abrufbarkeit des protokollierten Vorgangs (vgl. im Einzelnen § 28 Rn. 44). Diese Bestimmung betrifft – wie ihr Standort deutlich macht – jedoch nur im Zusammenhang mit zu Werbezwecken eingeholten Einwilligungen (vgl. BGH, RDV 2011, 235: „Für den Nachweis des Einverständnisses ist es erforderlich, dass der Werbende die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Verbrauchers vollständig dokumentiert, was im Falle einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung deren Speicherung und jederzeitige Möglichkeit des Ausdrucks voraussetzt.“).
- 31** 7.3 Durch **Absatz 1 Satz 4** soll weiterhin verhindert werden, dass die Einwilligung bei **Formularverträgen** im sog. „Kleingedruckten“ versteckt wird und der Betroffene sie durch seine Unterschrift erteilt, ohne sich dessen bewusst zu sein. Die Einwilligungsklausel ist also in derartigen Fällen an deutlich sichtbarer Stelle und z. B. drucktechnisch von dem anderen Text abgesetzt darzustellen. Ein bloßer Hinweis auf die **allgemeinen Geschäftsbedingungen**, in denen die Einwilligung – wenn auch in Fettdruck – enthalten ist, genügt jedoch den gesetzlichen Anforderungen nicht (Aufsichtsbehörde Baden-Württemberg, Hinweis zum BDSG Nr. 3, Staatsanz. 1978, Nr. 52, S. 5). Ebenso wenig genügt bei der Übermittlung von **Patientendaten** an eine ärztliche Verrechnungsstelle ein entsprechender Ausgang im Sprechzimmer des Arztes (BGH, NJW 1992, 2348; OLG Bremen, NJW 1992, 757 = RDV 1992, 133).
- 32** 7.4 Ein **nachträgliches Einverständnis** genügt den Anforderungen des § 4a Abs. 2 nicht (OLG Köln, MDR 1992, 447; NJW 1993, 793) und ändert damit nichts an der Rechtswidrigkeit der bis dahin erfolgten Verarbeitungen; es kann aber evtl. Schadensersatzansprüche ausschließen. Ob die Daten jetzt zu löschen sind, hängt davon ab, ob die nachträgliche Genehmigung nicht gleichzeitig als Einwilligung für zukünftige Verarbeitungen zu verstehen ist (a. A. Simitis in: Simitis, BDSG § 4a Rn. 29).

7.5 Sofern die Einwilligung nicht ausnahmsweise befristet erteilt wird, gilt sie bis zum Widerruf. Nach Auffassung der Aufsichtsbehörden und der Rechtsprechung soll eine **ungenutzte Einwilligung** durch Zeitablauf ihre Wirkung verlieren, wenn der Betroffene nicht mehr nachvollziehen kann, ob und wann er die Erklärung abgegeben hat. Es kommt jedoch auf den Einzelfall und den Gegenstand der Einwilligung an. Das LG München I (Urt. v. 8.4.2010 – 17 HK O 138/10) – lässt eine vor 17 Monaten erteilte und bisher nicht genutzte Einwilligung zur E-Mail-Werbung „ihre Aktualität“ und damit ihre rechtliche Grundlage verlieren; vgl. ferner LG Berlin, Urt. v. 2.7.2004 – 15 O 653/03 und LG Hamburg, Urt. v. 17.2.2004 – 312 O 645/02). Fraglich ist auch, in welchen Abständen die Einwilligung anschließend „genutzt“ werden muss, um nicht zu „verfallen“.

32a

Auch wenn die Einwilligung keine Wirkung mehr entfaltet oder widerrufen wurde, darf sie zu Beweis Zwecken zunächst weiter gespeichert werden (LG Hamburg, Urt. v. 20.12.2008 – 312 O 362/08). Die Frist hängt davon ab, wie lange realistisch noch die Berechtigung zuvor erfolgter Werbung nachgewiesen werden können sollte (§§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 35 Abs. 1 Nr. 3).

32b

7.8 Wer von Adresshändlern etc. „**Einwilligungsadressen**“ erwirbt, kann sich nicht allein auf die diesbezügliche Zusicherung des Verkäufers verlassen (vgl. OLG Düsseldorf, MMR 2010, 99): „Vor der Verwendung von „eingekauften“ E-Mail-Adressen zu Werbezwecken gehört es zur Sorgfaltspflicht des Werbenden, die Angaben des Verkäufers, dass die Betroffenen ihre Einwilligung in die Zusendung von Werbe-E-Mails erteilt haben, zu überprüfen. Dies kann an Hand der Dokumentation erfolgen, die zum Nachweis der „ausdrücklich“ zu erteilenden Einwilligung erforderlich ist“. Gemäß KG Berlin (RDV 2013, 44) handelt erheblich schuldhaft, wer trotz gerichtlichen Verbots eingekaufte Einwilligungsadressen nutzt und dabei ohne stichprobenartige Kontrolle der notwendigen Dokumentation allein auf die Zusicherung des Datenlieferanten vertraut. Gemäß der Zahl der unzulässigen Anrufe wurde ein Bußgeld von 78000 Euro verhängt.

32c

8. Privilegierung der Forschung

Absatz 2 enthält eine von mehreren Regelungen des BDSG, die in privilegierter Weise den besonderen Belangen der **wissenschaftlichen Forschung** Rechnung tragen soll (vgl. hierzu § 40 Rn. 1). Auf die Schriftform kann verzichtet werden, wenn ansonsten der Forschungszweck beeinträchtigt würde. Wohlgemerkt: Das Forschungsinstitut ist nicht davon befreit, unter Erteilung der erforderlichen Aufklärung des Betroffenen die Einwilligung einzuholen. Allein vom Formzwang ist Befreiung erteilt. Derartige besondere Umstände können insbesondere bei empirischen Forschungsvorhaben vorliegen (vgl. auch Simitis in: Simitis, BDSG § 4a Rn. 47 ff., der die Einwilligung als entbehrlich ansieht, wenn die Einholung unmöglich ist, z. B. bei Fehlen der Anschrift des Betroffenen).

33

9. Einwilligung bei sensiblen Daten

9.1 Da die Verarbeitung **besonderer Arten personenbezogener Daten** von dem BDSG (vgl. § 28 Abs. 6 ff.) nur unter engen Vorgaben zulässig ist, spielt hier die Einwilligung eine gewichtigere Rolle. Gleichzeitig werden aber auch besondere Anforderungen an die Erklärung gestellt. Soll die Einwilligung die Verwendung **sensitiver Daten** (§ 3 Abs. 9) gestatten, so muss sie sich gemäß **Absatz 3 ausdrücklich** darauf beziehen. Da jedoch bereits die Einwilligung allgemein eine konkrete Erklärung verlangt (vgl. Rn. 13), stellt sich die Frage nach den in Absatz 3 ggf. geforderten zusätzlichen Anforderungen. Jedenfalls sind die verwendeten Daten

34

§ 4a

Einwilligung

konkret und der Verwendungszweck genau zu benennen (Kühling in: Wolff/Brink, DatenschutzR, BDSG § 4a Rn. 56). Ob auch eine mündliche Erklärung zulässig ist (vgl. § 3 Rn. 57), d. h. Absatz 1 Satz 3 auch für Absatz 3 gilt, erscheint fraglich (so jedoch BlnDSB, Jahresbericht 2002, 25 = RDV 2003, 308). Praxisgerecht ist die Auffassung insofern, da dann auch **telefonische Meinungsumfragen** z. B. zu Wählerverhalten mit „ausdrücklicher“ mündlicher Einwilligung möglich sind. Hinzuweisen ist jedenfalls darauf, dass die nachfolgende anonymisierte Verarbeitung das Erfordernis der Einwilligung für die personenbezogenen stattfindende Erhebung nicht aufhebt (Simitis in: Simitis, BDSG § 4a Rn. 60). Eine konkludente oder stillschweigende Erklärung muss aber als ausgeschlossen angesehen werden (zur Speicherung unaufgefordert zugesandter sensibler Daten und zu dem Erfordernis der Einwilligung für evtl. weitere Verarbeitungsschritte vgl. BlnDSB, Jahresbericht 2002, 25 = RDV 2003, 308).

- 35 9.2 Bei den besonders sensiblen Daten handelt es sich weitgehend um Daten, die Eigenschaften belegen, die im Rahmen des **Diskriminierungsverbots** des AGG (vgl. § 28 Rn. 71) keine Verwendung finden dürfen, falls sie zum Nachteil des Betroffenen verwendet werden, wobei bereits die Erhebung die schadensersatzpflichtige Diskriminierung indiziert (vgl. Gola, RDV 2006, 224). Eine Einwilligung des Betroffenen kann hier nicht greifen, das gilt auch für Verarbeitung bzw. Nutzung von Daten, die der Betroffene selbst mitteilt (z. B. über sein Alter, Rasse etc.) mit dem Ziel andere zu diskriminieren (vgl. § 32 Rn. 14).

10. Mitbestimmung

- 36 Ggf. unterliegt die formularmäßige Einholung von Einwilligungen in Arbeitsverträgen etc. der **Mitbestimmung** des Betriebsrats nach § 94 Abs. 1 BetrVG. Der in der Literatur (Fitting u. a., BetrVG § 94 Rn. 11; Klebe in: DKK, § 94 Rn. 11 m. w. N.; a. A. Lambrich/Cahlik, RDV 2002, 287) vertretenen Auffassung ist insoweit zuzustimmen, wie durch die Einwilligung eine ansonsten nicht realisierbare Datenerhebung ermöglicht werden soll. Will der Arbeitgeber z. B. im Rahmen eines standardisierten „Anwesenheitsverbesserungsprozess“ Krankheitsdaten der Mitarbeiter unter bestimmten Bedingungen bei deren **Arzt** erheben, so ist die Erfragung der dafür erforderlichen Entbindung von der Schweigepflicht – die Zulässigkeit des Vorgehens einmal unterstellt – mitbestimmungspflichtig (Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 1003). Soll die Einwilligung nicht für eine Erhebung, sondern für andere Verarbeitungs- oder Nutzungsschritte, z. B. die Übermittlung an die Konzernmutter eingeholt werden, so wird zwar an alle Beschäftigten formularmäßig eine Frage gestellt; gleichwohl ist die Zustimmung oder Ablehnung keine den Inhalt eines Personalfragebogens i. S. v. § 94 BetrVG ausmachende Information. Daran ändert nichts, dass z. B. aus der Erteilung der Einwilligung z. B. erkennbar wird, dass der Mitarbeiter an einem konzernweiten Einsatz interessiert ist (vgl. aber auch BAG, NZA 2009, 180, wonach Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei der Einholung von inhaltlich standardisierten Erklärungen, in denen sich der Arbeitnehmer zum Stillschweigen über bestimmte betriebliche Vorgänge verpflichten soll, dann greift, wenn die Verschwiegenheit das betriebliche Ordnungsverhalten betrifft).

11. Widerspruch gegen die Verarbeitung/Widerruf der Einwilligung

- 37 11.1 Das BDSG äußert sich – mit der Ausnahme der Regelung in § 28 Abs. 3, § 29 Abs. 3 sowie dem besonderen Widerspruchsrecht nach § 20 Abs. 5 und § 35

Abs. 5 (vgl. hierzu Gola, DuD 2001, 278; ferner § 35 Rn. 27 ff.) – nicht zu dem Fall, dass der Betroffene einer – ggf. sogar per Einwilligung legitimierten – Verarbeitung später widerspricht bzw. diese Einwilligung widerruft. Gleichwohl kann ein solcher **Widerruf** unter verschiedenen Aspekten für die Zulässigkeit der Verarbeitung relevant werden. Einer Form bedarf es nicht (a. A. Däubler in: BDSG § 4a Rn. 36).

11.2 Zunächst ist insoweit festzuhalten, dass der Betroffene eine einmal erteilte 38 Genehmigung regelmäßig auch wieder zurücknehmen kann (vgl. auch die diesbezügliche Hinweispflicht in § 13 Abs. 2 Nr. 4 TMG). Der mit dem **Widerruf der Einwilligung** zum Ausdruck kommende Widerspruch gegen weitere Verarbeitungen ist von der datenspeichernden Stelle für die Zukunft zu beachten, d. h. der Widerruf der Einwilligung entzieht den Verarbeitungen ex nunc die erforderliche Rechtsgrundlage. Es folgt ein Verbot weiterer Verwertung (im Hinblick auf bereits stattgefundene Verarbeitungen) bzw. eine Löschungspflicht. Allerdings sollte die Einwilligung nicht willkürlich, sondern entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben nur dann zurückgenommen werden, wenn für ihre Erteilung maßgebende Gründe entfallen sind, sich wesentlich geändert oder die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erteilung sich verändert haben (den Verzicht auf den Widerruf bejaht Wächter, Datenschutz im Unternehmen, Rn. 232; a. A. Schaffland/Wiltfang, BDSG § 4a Rn. 26). Das LG Hamburg (RDV 2006, 77) lässt den Widerruf einer nach § 22 KUG erteilten Einwilligung in die **Veröffentlichung von Filmaufnahmen** im Fernsehen u. a. zu, wenn veränderte Umstände das Festhalten an der Einwilligung unzumutbar machen oder wenn der Betroffene überrumpelt wurde und den Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht nicht hinreichend abschätzen konnte (so hier bei unangekündigten Filmaufnahmen eines Kontrollbesuchs des Sozialamts).

11.3 Eine Einwilligung ist zudem dann nicht widerrufbar, wenn sie verbunden 39 ist mit rechtsgeschäftlichen Abreden und die Einwilligung der Abwicklung einer vertraglichen Beziehung dient (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG) (vgl. Gola/Wronka, RDV 2007, 51). Werden z. B. personenbezogene Daten gegen Honorar zum Zwecke der **Veröffentlichung verkauft**, so ist die Einwilligung Gegenstand eines Vertrages, der nicht einseitig rückgängig gemacht werden kann (vgl. hierzu insgesamt auch Simitis in: Simitis, BDSG § 4a Rn. 99). Will ein Arbeitgeber Daten der Beschäftigten an eine zentrale „Überwachungsstelle“ (vgl. LAG Hamburg, RDV 1990, 3) oder will ein Arzt **Patientendaten** an eine privatärztliche **Verrechnungsstelle** (vgl. BGH, NJW 1991, 2955 = RDV 1992, 38; Bongen/Kremer, NJW 1990, 2911) übermitteln, so ist hierfür die Einwilligung des Betroffenen erforderlich (zur Form dieser Erklärung ausführlich Plath in: Plath, BDSG § 4a Rn. 18); ein Widerruf wird aber nach Vertragsabschluss jedenfalls dann nicht mehr möglich sein, wenn damit die weitere Abwicklung des Vertrages mit dem Betroffenen in Frage gestellt oder unbillig erschwert wird.

11.4 Auch wenn das informationelle Selbstbestimmungsrecht nicht so weit greift, 40 dass der Betroffene der Verarbeitung seiner Daten grundsätzlich widersprechen kann, so ist ein eventueller **Widerspruch** – auch abgesehen von dem besonders geregelten Fall des § 20 Abs. 5 und § 35 Abs. 5 – bzw. die Nichtausübung eines eingeräumten Widerspruchsrechts für die Beurteilung der Zulässigkeit der Verarbeitung gleichwohl relevant. Das BDSG macht die Zulässigkeit mehrfach davon abhängig, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden. Für die verantwortliche Stelle ist es oft schwierig, dies zu beurteilen, insbesondere dann, wenn eine Einzelfallprüfung erforderlich ist (vgl. hierzu § 28 Rn. 27). Hier kann es sinnvoll sein, zur Sicherheit eine Einwilligung einzuholen (insoweit gegen sog. „Angstklauseln“, Wächter, Datenschutz im Unternehmen, Rn. 303). Generell sollte die Einholung der Einwilligung jedoch „ultima ratio“ gegenüber anderen Erlaubnistatbeständen sein (vgl. § 4 Rn. 16).

§ 4a

Einwilligung

- 41 11.5 Ggf. ist es aber auch ausreichend, dem Betroffenen die Möglichkeit des Widerspruchs einzuräumen. Diese **Widerspruchsmöglichkeit** ersetzt nicht etwa die Einwilligung. Ist jedoch wegen der Art der zu verarbeitenden Daten oder wegen der beabsichtigten Nutzung davon auszugehen, dass schutzwürdige Interessen im Regelfall nicht beeinträchtigt werden, so kann aus der Tatsache, dass von der ausdrücklich eingeräumten Widerspruchsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wurde, darauf geschlossen werden, dass eventuelle, für die verantwortliche Stelle nicht erkennbare, entgegenstehende Interessen Einzelner nicht vorliegen (so z. B. für die vereinsinterne Veröffentlichung von **Vereinsmitgliederlisten** Weichert, DuD 1994, 200; für die Übermittlung von Vereinsmitglieder Daten zwecks Abschluss eines günstigen Gruppenversicherungsvertrages LfDI Bremen, 31. TB (2008) Ziff. 18.11; Veröffentlichungen **betrieblicher Jubilare** Gola/Wronka, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 854, 962). Dazu ist ebenfalls erforderlich, dem Betroffenen präzise anzugeben, welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet werden sollen, sofern er nicht in der vorgesehenen Form, z. B. durch Ankreuzen eines hierfür vorgesehenen Kästchens, widerspricht. Durch die Widerspruchslösung wird erreicht, dass auch dann, wenn nur in möglichen Einzelfällen eventuelle Zweifel an der Zulässigkeit bestehen, und in denen aus Gründen der Praktikabilität eine ausdrückliche Einwilligung nicht einholbar ist, ein Grund zur Annahme der Verarbeitung entgegenstehender schutzwürdiger Interessen nicht mehr gegeben ist (vgl. auch § 28 Rn. 28 ff.).
- 42 11.6 Nicht ausreichend ist das Einräumen eines Widerspruchsrechts bei der Weitergabe von Arbeitnehmerdaten an ein Versicherungsunternehmen. Die Aufsichtsbehörde Baden-Württemberg (Hinweis zum BDSG Nr. 32, Staatsanz. Nr. 3 vom 12.1.1994) stellt hierzu fest: „**Versicherungsunternehmen** treten häufig mit der Bitte an Betriebe heran, ihnen Namen und Adressen von Mitarbeitern zur Bewerbung mit Versicherungsleistungen zu überlassen. Besonderes Interesse finden dabei regelmäßig die Daten von Berufsanfängern und **Auszubildenden**. Hierzu wird darauf hingewiesen, dass die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten zum Zwecke der **Werbung** nur mit schriftlicher Einwilligung des Betroffenen zulässig ist, wobei dieser auf den Zweck der Datenübermittlung und den Empfänger der Daten hinzuweisen ist. Es reicht nicht aus, statt einer Einwilligung dem Arbeitnehmer die beabsichtigte Datenübermittlung nur allgemein (z. B. durch Betriebszeitung oder Aushang am Schwarzen Brett) oder in anderer Form bekannt zu geben und ihm ein Widerspruchsrecht einzuräumen (vgl. zur Unzulässigkeit der Übermittlung der Mitgliederadressen einer Partei an einen Verlag nach nicht ausgeübtem Widerspruchsrecht, 1. TB des Innenm. Baden-Württemberg (2001), S. 153; vgl. im Übrigen § 28 Rn. 29).
- 43 11.7 Soll ein Unternehmen verkauft oder in ein anderes eingegliedert werden, kann der Hinweis hierauf und der Hinweis auf die Möglichkeit der Weitergabe der Kunden- oder Lieferantendaten zu widersprechen, die Weitergabe nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erlauben (s. Rn. 43a). Geschieht die Umstrukturierung als sog. „**share deal**“ d.h. der Übertragung von (allen) Vermögensanteilen an einer Gesellschaft erfolgt keine Übertragung von personenbezogenen Daten an Dritte infolge gesetzlich geregelter Gesamtrechtsnachfolge (infolge Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübernahme nach UmwG; Erbfolge nach BGB).
- 43a 11.8 Anders ist es beim „**Asset Deal**“, d.h. der Übertragung einzelner Vermögenswerte und Vertragsbeziehungen oder Datenbestände im Wege der Einzelrechtsnachfolge durch Rechtsgeschäft. Hier erfolgt eine Übermittlung personenbezogener Daten an den Erwerber. Bei Kundendaten bedarf es je nach der Sensitivität der Einwilligung bzw. kann auch eine Widerspruchslösung genügen (für Personaldaten und § 613a BGB vgl. § 32 Rn. 33). Wird die Kundenkartei eines Handwerksbetriebes zwecks Fortführung des Unternehmens übertragen, ist § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 die Rechtsgrundlage, wobei eventuell entgegenstehende schutzwürdige Interessen

Einwilligung

§ 4a

bei vorher mitgeteilter Widerspruchsmöglichkeit nicht mehr anzunehmen sind. Sollen allein die Kundendaten vermarktet werden, greift § 28 Abs. 3 als Spezialnorm. Eine Übertragbarkeit der durch Einwilligung vermittelten Befugnis zur E-Mail-Werbung gem. § 413 BGB scheidet daran, dass E-Mail-Werbung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine Einwilligung voraussetzt, die sich auf eine konkrete werbende Stelle bezieht. Es ist allerdings möglich, Einwilligungserklärungstexte so zu formulieren, dass sie mehreren Stellen eine ausreichende Legitimation für werbliche Maßnahmen bieten. Die Wirksamkeit entsprechender Einwilligungsklauseln setzt voraus, dass neben den Vorgaben des § 7 UWG auch die Rahmenbedingungen beachtet werden, die aus § 4a BDSG bzw. dem AGB-Recht resultieren. E-Mail-Adressen, welche ein Unternehmen nach Maßgabe von § 7 Abs. 3 UWG generiert hat und zu Werbezwecken nutzen darf, solange der Kunde dies „duldet“, können von dem Erwerber beim Asset Deal werblich nicht genutzt werden. Daran ändert nichts, dass der Kunde, wenn auch von einem anderen Absender, nach wie vor die gleiche Art der Information erhält und ein zusätzlicher Belästigungseffekt wahrscheinlich nicht eintritt.

11.9 Die Übermittlung von Patientendaten beim Verkauf einer Arztpraxis bedarf der Einwilligung der Patienten (Aufhebung des Verbots unbefugter Weitergabe in § 203 Abs. 1 StGB). Bei laufender Behandlung können die Patienten mündlich befragt werden; ansonsten ist die schriftliche Zustimmung erforderlich. Möglich ist die Einschaltung eines **Treuhänders** bzw. des **Zwei-Schrank-Modells**, d.h. es erfolgt der eingewilligte Zugriff für den Nachfolger, wenn der frühere Patient wieder zur Behandlung erscheint. Übernimmt ein Mitglied einer Gemeinschaftspraxis oder ein in der Praxis angestellter Arzt die Praxis bzw. die Patienten des Kollegen, verstößt die praxisinterne Weitergabe nicht gegen die Schweigepflicht. Die Gründung einer Gemeinschaftspraxis bedarf nicht der Einwilligung der bisherigen Patienten. **43b**

11.10 Bei der Einwilligung in Datenflüsse im Konzern können ggf. neue Konzerntöchter von der Einwilligung profitieren. Wird z. B. von einer Bank die Einwilligung eingeholt, dass bestimmte Daten an bestimmte, konkret zu benennende Kooperationspartner im Rahmen von **Allfinanzkonzepten** zwecks sog. **Cross Selling** weitergegeben werden dürfen, so stellt sich die Frage, ob bei späteren konzerninternen Veränderungen auch neu hinzugekommene Firmen in den Verbund mit einbezogen werden dürfen. Dabei kann, wenn das neue Unternehmen die Daten im Rahmen der eingewilligten Zweckbestimmungen nutzt, die Weitergabe und Nutzung dann im Rahmen einer Interessenabwägung gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 als zulässig bewertet werden, wenn der Betroffene über den neuen „Datenempfänger“ gem. § 33 benachrichtigt wurde und er ausdrücklich auf sein Recht, der Speicherung seiner Daten zu widersprechen, d. h. die erteilte Einwilligung zu widerrufen, hingewiesen wurde (vgl. Däubler in: DKWW, BDSG § 4a Rn. 44 ff.). **43c**

11.11 Die **EG-DatSchRL** räumt dem Betroffenen in Art. 14 ein Widerspruchsrecht nicht nur bei unerwünschter Werbung, sondern auch in weiteren Fällen der Interessenabwägung ein (Art. 14 Abs. 1 Satz 1a). Der Widerspruch ist aber auch hier nur zu beachten, wenn er aus „überwiegenden, schutzwürdigen“ Gründen, also „berechtigt“, erfolgt (vgl. hierzu § 20 Abs. 5 und § 35 Abs. 5 Anm. 9). Eine grundlegende Änderung der Rechtslage bedeutet diese Regelung daher zwar nicht; gleichwohl wird die Rechtsposition des Betroffenen gestärkt (Gola, DuD 2001, 278). **44**

12. Landesrecht

Die Landesdatenschutzgesetze gehen von dem gleichen Prinzip des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ aus wie das BDSG und sehen als Erlaubnistatbestand auch die – regelmäßig schriftlich zu erteilende – Einwilligung vor. Die Vorgabe der EG-DatSchRL, dass die **Einwilligung** ohne Zwang erfolgen muss, haben von den **45**

§ 4a

Einwilligung

Landesdatenschutzgesetzen Berlin (§ 6 Abs. 5), Bremen (§ 3 Abs. 3), Hamburg (§ 5 Abs. 2), Niedersachsen (§ 4 Abs. 3), Nordrhein-Westfalen (§ 4 Abs. 1) und Rheinland-Pfalz (§ 5 Abs. 2) übernommen. Die übrigen enthalten die allgemeinen Regelungen zum Inhalt und zur Form der Einwilligung (Art. 15 BayDSG; § 4 Abs. 2–4 LDSG BW; § 6 Abs. 4–6 BlnDSG; § 4 Abs. 2 und 3 BbgDSG; § 5 Abs. 2 HmbDSG; § 7 Abs. 2 HDStG; § 8 DStG M-V; § 4 Abs. 2 NDStG; § 4 Abs. 1 SStG; § 4 Abs. 3–5 SächsDSG; § 4 Abs. 2 DStG-LSA; § 12 LDSG SH; § 4 Abs. 2 ThürDSG).