

Kurzpapier Nr. 20

Einwilligung nach der DS-GVO

Dieses Kurzpapier der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz – DSK) dient als Orientierung insbesondere für den nicht-öffentlichen Bereich, wie nach Auffassung der DSK die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) im praktischen Vollzug angewendet werden sollte. Diese Auffassung dient als Zusammenfassung bzw. Ergänzung der Leitlinien zur Einwilligung des Europäischen Datenschutzausschusses (WP 259 rev.01 „Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679“).

Voraussetzungen und Unterschiede zu dem bis zum 24. Mai 2018 geltenden Recht

Auch unter Geltung der DS-GVO ist die Einwilligung eine zentrale Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Allgemeine Regelungen dazu lassen sich nunmehr nicht mehr dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) entnehmen, sondern unmittelbar der DS-GVO (Art. 4 Nr. 11, Art. 7). Eine Einwilligung ist danach nur wirksam, wenn sie freiwillig und - bezogen auf einen bestimmten Fall - informiert abgegeben wird. Die Schriftform ist nicht erforderlich; ausreichend ist vielmehr eine **unmissverständlich abgegebene Willensbekundung** in Form einer Erklärung oder sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, durch die die betroffene Person ihr Einverständnis zur Datenverarbeitung unmissverständlich erteilt. Die bestätigende Handlung kann bei Vorliegen dieser Voraussetzungen auch elektronisch, durch „Anklicken“ eines Feldes im Internet, oder auch mündlich erfolgen. Bei der Wahl der geeigneten Form ist zu beachten, dass der Verantwortliche die Erteilung der Einwilligung nachweisen können muss (s.u.).

Aus Erwägungsgrund (ErwGr.) 32 der DS-GVO ist ersichtlich, dass Stillschweigen, bereits angeklickte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person keine Einwilligung darstellen. Ebensowenig gilt dies nach Auffassung des Europäischen Datenschutzausschusses für die einfache Weiternutzung eines Services. Für die Erteilung von Einwilligungen ist vielmehr ein **aktives Verhalten** der betroffenen Personen erforderlich. Anders als nach der bisher ergangenen Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 16.07.2008, VIII ZR 348/06; BGH, Urt. v. 11.11.2009, VIII ZR 12/08)

reicht es nun nicht mehr aus, die betroffenen Personen auf Vertragsklauseln zu verweisen, welche fiktiv erteilte Erklärungen enthalten und bei denen es als wirksame Einwilligung gewertet wurde, wenn ein vorformulierter Einwilligungstext nicht durchgestrichen wurde oder ein Kreuz zur Nichterteilung einer Einwilligung nicht gesetzt wurde.

Besonderes Augenmerk ist nach der Datenschutz-Grundverordnung auf die **Freiwilligkeit** einer Einwilligung zu richten. Es kann nur dann davon ausgegangen werden, dass eine betroffene Person ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte und freie Wahl hat, also in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden (siehe ErwGr. 42). Dies ist beispielsweise in aller Regel nicht der Fall, wenn die Erfüllung eines Vertrages von einer Einwilligung in eine Datenverarbeitung abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich ist (Art. 7 Abs. 4 i.V.m. ErwGr. 43 DS-GVO, sogenanntes **Koppelungsverbot**). Zudem liefert eine Einwilligung regelmäßig keine gültige Rechtsgrundlage, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, und es deshalb unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde. Dies ergibt sich ebenfalls aus ErwGr. 43.

Die Einwilligung hat **in informierter Weise** zu erfolgen. In ErwGr. 42 der DS-GVO wird insbesondere darauf abgestellt, dass eine vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren

und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt wird, keine missverständlichen Klauseln enthalten sind und die betroffene Person mindestens darüber informiert wird, wer der Verantwortliche ist und zu welchen Zwecken ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen. Darüber hinaus ist die betroffene Person nach Auffassung des Europäischen Datenschutzausschusses über die Art der verarbeiteten Daten, über ihr Recht, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen, ggf. über die Verwendung der Daten für eine automatisierte Entscheidungsfindung und über mögliche Risiken von Datenübermittlungen in Drittländer ohne Vorliegen eines Angemessenheitsbeschlusses und ohne geeignete Garantien nach Artikel 46 DS-GVO zu informieren.

Den Verantwortlichen trifft nach Art. 7 Abs. 1 DS-GVO eine ausdrückliche Verpflichtung, die **Erteilung der Einwilligung nachweisen** zu können. Diese Verpflichtung steht mit der in Art. 5 Abs. 2 DS-GVO geregelten Rechenschaftspflicht im Zusammenhang. Dies gilt nicht nur im Sinne einer Beweislastregel, wenn das Vorliegen einer Einwilligung bestritten wird, sondern ganz allgemein. Auch bei Kontrollen der Aufsichtsbehörden muss daher der Nachweis über erteilte Einwilligungen erbracht werden können. Wird die Einwilligung elektronisch erteilt, so muss der Verantwortliche sicherstellen, dass die Einwilligung protokolliert wird. Nicht ausreichend ist es etwa, wenn lediglich auf die ordnungsgemäße Gestaltung der entsprechenden Webseite verwiesen wird, ohne im Einzelfall den Nachweis der tatsächlich erteilten Einwilligung zu erbringen. Der Verantwortliche hat durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Datenschutzgrundsätze, insbesondere die Rechenschaftspflicht, umgesetzt werden. Hierzu muss er technische Systeme einsetzen, die einen Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen ermöglichen.

Die betroffene Person hat das Recht, die Einwilligung **jederzeit zu widerrufen**. Der Widerruf gilt mit

Wirkung für die Zukunft. Auf die Einwilligung gestützte Verarbeitungsvorgänge in der Vergangenheit bleiben also rechtmäßig. Auf die Widerruflichkeit der Einwilligung muss der Verantwortliche vor Abgabe der Einwilligung hinweisen. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung sein.

Fortgeltung von Einwilligungen

Vor Anwendbarkeit der DS-GVO erteilte Einwilligungen wirken nach ErwGr. 171 der DS-GVO fort, sofern sie der Art nach den Bedingungen der DS-GVO entsprechen. Hierzu zählen insbesondere folgende Punkte:

- Die Erteilung einer wirksamen Einwilligung muss gem. Art. 7 Abs. 1 DS-GVO nachgewiesen werden können, was eine entsprechende Dokumentation voraussetzt.
- Die Einwilligung muss freiwillig abgegeben worden sein (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO), wobei die besonderen Anforderungen nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO i. V. m. ErwGr. 43 DS-GVO zu beachten sind.
- Erforderlich ist eine Willensbekundung für den bestimmten Fall, in informierter Weise und in unmissverständlicher Form (Art. 4 Nr. 11 DSGVO), wobei die Anforderungen nach Art. 7 Abs. 2 DSGVO i. V. m. ErwGr. 32 und 42 DS-GVO zu beachten sind.
- Der Verantwortliche muss Mechanismen bereithalten, die den Widerruf der Einwilligung ermöglichen und Informationen bereithalten, wie die Einwilligung widerrufen werden kann.
- Im Falle der Einwilligung durch ein Kind in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft müssen die Voraussetzungen nach Art. 8 DS-GVO vorliegen.

Sind die obigen Bedingungen nicht erfüllt, gelten bisher erteilte Einwilligungen nicht fort.

Die betroffene Person muss darüber hinaus zum Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligungserklärung die Informationen zur Verfügung gehabt haben, die zur Abgabe einer informierten Einwilligung notwendig sind. Nach ErwGr. 43 sind dies mindestens Informationen darüber, wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke die personenbezogenen Daten verarbeitet werden.

Diese Informationen sind zum Teil identisch mit den nach Art. 13 DS-GVO vorgesehenen Informationspflichten. Die darüber hinausgehenden Informationspflichten müssen für die Fortgeltung bisher erteilter Einwilligungen hingegen grundsätzlich nicht erfüllt worden sein. Unabhängig von den genannten Bedingungen für erteilte Einwilligungen müssen künftig die Informationspflichten nach Art. 13 DS-GVO beachtet werden.

Folgen bei unwirksamer Einwilligung

Eine Einwilligung, die nicht den dargestellten Anforderungen genügt, ist unwirksam und kann nicht als Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung herangezogen werden. Die Datenverarbeitung in diesem Fall auf eine andere Rechtsgrundlage zu stützen, beispielsweise die Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO), ist grundsätzlich unzulässig, denn der Verantwortliche muss die Grundsätze der Fairness und Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO) beachten. Jedenfalls ist ein willkürliches Wechseln zwischen Einwilligung und anderen Rechtsgrundlagen nicht möglich.

Erweist sich die Einwilligung als unwirksam oder kann der Verantwortliche das Vorliegen der Einwilligung nicht nachweisen, so ist die Verarbeitung der Daten auf dieser Grundlage rechtswidrig. Bei Verstößen gegen die Grundsätze der Verarbeitung, einschließlich der Bedingungen für die Einwilligung, kann von der zuständigen Aufsichtsbehörde nach

Maßgabe von Art. 83 Abs. 5 lit. a DS-GVO eine Geldbuße verhängt werden. Außerdem kommen je nach den Umständen des Einzelfalls auch Schadensersatzansprüche der betroffenen Person in Betracht.

Besondere Kategorien von Daten und Einwilligung eines Kindes

Gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO ist für die Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten (Gesundheitsdaten, genetische und biometrische Daten usw.) eine dafür ausdrückliche Einwilligung erforderlich; konkludente Handlungen sind also ausgeschlossen. Art. 8 DS-GVO enthält besondere Bedingungen für die Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft.

Besondere Verarbeitungssituationen

Auch für besondere Datenverarbeitungssituation gibt es teilweise Sonderregelungen, die zu beachten sind. Im Beschäftigtendatenschutz sieht das neue BDSG gestützt auf die Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO weiterhin das Erfordernis der Schriftform vor, sofern nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist (§ 26 Abs. 2 S. 3 BDSG). Siehe dazu auch das Kurzpapier Nr. 14, zum Beschäftigtendatenschutz. Besonderheiten sind auch bei der Einwilligung in die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken zu beachten.