

Kurzpapier Nr. 20 Einwilli- gung nach der DS-GVO

Dieses Kurzpapier der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz - DSK) dient als Orientierung insbesondere für den nichtöffentlichen Bereich, wie nach Auffassung der DSK die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) im praktischen Vollzug angewendet werden sollte. Es ist unter Berücksichtigung der Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 erstellt worden.

Anforderungen an eine wirksame Einwilligung nach der DS-GVO

Die Einwilligung ist eine der zentralen Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 DS-GVO). Die Definition der Einwilligung findet sich in Art. 4 Nr. 11, deren Voraussetzungen in Art. 7 DS-GVO. Das BDSG enthält - außer für den Beschäftigungskontext (s.u.) - keine Regelungen zur Einwilligung.

Eine Einwilligung ist danach nur wirksam, wenn sie freiwillig, bezogen auf einen bestimmten Fall und informiert abgegeben wird. 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 eindeutig erteilt. Die bestätigende Handlung kann bei Vorliegen dieser Voraussetzungen auch elektronisch oder mündlich erfolgen. „Elektronisch“ ist dabei nicht im Sinne des § 126a BGB zu verstehen. Ausreichend ist z.B. eine einfache E-Mail oder das Anklicken eines Kästchens auf einem Online-Formular.

Wenn die betroffenen Personen ihren Willen nicht unmittelbar zum Ausdruck bringen konnten, kann nicht von einer wirksamen Einwilligung ausgegangen werden. Das ist z.B. der Fall, wenn es für die betroffene Person aufwendiger war, nicht einzuwilligen, als eine Einwilligung zu erteilen, da hier nicht festgestellt werden kann, ob die betroffene Person die Einwilligung nur erteilt hat, weil sie die Möglichkeit zur Nicht-Erteilung der Einwilligung nicht gefunden hat oder sie ihr zu umständlich war. Die Einwilligung ist dann unwirksam.

Bei der Wahl der geeigneten Form ist zu beachten, dass der Verantwortliche die Erteilung der Einwilligung nachweisen können muss (s.u.). Dadurch, dass eine eindeutige bestätigende Handlung ausreichend ist, ist auch eine konkludent erteilte Einwilligung nicht ausgeschlossen. Aus Erwägungsgrund (ErwGr.) 32 der DS-GVO ist ersichtlich, dass Stillschweigen, bereits als Voreinstellung angeklickte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person keine Einwilligung darstellen (sog. Opt-Out-Lösungen). Ebenso wenig gilt dies für die einfache Weiternutzung eines Services, wie beispielsweise das Weiterscrollen einer Webseite. Für die Erteilung von Einwilligungen ist vielmehr ein **aktives Verhalten** der betroffenen Personen erforderlich (vgl. EuGH, Ur. v. 01.10.2019, C-673/17 sowie BGH, Ur. v. 28.05.2020, Az. I ZR 7/16). Es reicht nicht aus, die betroffenen Personen auf Vertragsklauseln zu verweisen, die 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 DS-GVO 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 regelmäßig 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, sogenanntes **Koppelungsverbot**).

Wird die Nutzung eines Internetdienstes davon abhängig gemacht, dass der Nutzer in das Setzen sog. Cookies oder andere Trackingmaßnahmen einwilligt, ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Einwilligung nicht freiwillig erfolgt. Ausnahmsweise können derartige Einwilligungserfordernisse dann zulässig sein, wenn ein vergleichbarer Dienst vom selben Verantwortlichen - gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt - auch ohne Tracking angeboten wird, dieser muss aber tatsächlich gleichwertig sein.

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 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 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. Abhängig von den Umständen des Einzelfalles können weitere Informationen, wie beispielsweise Angaben zur Dauer der Verarbeitung, erforderlich sein, damit die betroffene Person vollumfänglich versteht, wofür sie ihre Einwilligung erteilt.

Diese Informationen sind zum Teil identisch mit den nach Art. 13 DS-GVO vorgesehenen Informationspflichten. Die Erfüllung der umfassenderen Informationspflichten nach Art. 13 DS-GVO ist aber keine

Voraussetzung für die Gültigkeit der Einwilligung. Eine Nichterfüllung der Informationspflichten nach Art. 13 DS-GVO begründet allerdings davon unabhängig einen Verstoß gegen die DS-GVO.

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 dokumentiert 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. Beispielsweise genügen das bloße Abspeichern einer IP-Adresse und die Behauptung, dass von dieser IP-Adresse aus eine Einwilligung erteilt worden sei, auch nach der Rechtsprechung des BGH zum UWG nicht. Für den Nachweis der Einwilligung ist es erforderlich, dass der Verantwortliche die konkrete Einwilligungserklärung jeder einzelnen betroffenen Person vollständig dokumentiert. Bei einer ausdrücklich erteilten Einwilligung muss auch der Wortlaut dokumentiert sein, bei konkludenter Einwilligung müssen alle Umstände dokumentiert werden, aus denen sich die Einwilligungserklärung ergibt. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setzt dies deren Speicherung und die Möglichkeit voraus, sie auf Nachfrage (etwa der Aufsichtsbehörde) zu übermitteln. Kann der Verantwortliche die Einwilligung nicht nachweisen, so sind die Voraussetzungen dieser Rechtsgrundlage gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 1 DS-GVO nicht erfüllt.

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 (s. Art. 25 DS-GVO).

Gemäß Art. 7 Abs. 3 DS-GVO hat die betroffene Person 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, insbesondere auch den Anforderungen an die Informiertheit (s.o.) entsprechen.

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 rückwirkend auf eine andere Rechtsgrundlage zu stützen, beispielsweise auf die Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO), kann Probleme hinsichtlich der Fairness und Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO) aufwerfen. Ein willkürliches Wechseln zwischen Einwilligung und anderen Rechtsgrundlagen ist nicht möglich. Dies gilt auch im Falle des Widerrufs einer Einwilligung.

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 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, die einem Kind angeboten werden. Die darin festgelegte Altersgrenze für Einwilligungen gilt nur für den Anwendungsbereich der Vorschrift, also insbesondere im Verarbeitungskontext von Online-Diensten. In allen anderen Fällen ist für die Frage, ob ein Kind wirksam in eine Verarbeitung seiner Daten einwilligen kann, auf dessen Einsichtsfähigkeit abzustellen. Dabei kann die Altersgrenze aus Art. 8 DS-GVO nur dann als Richtschnur herangezogen werden, wenn die Fallgestaltung hinsichtlich der Komplexität und Kommunikationssituation (kein persönlicher Kontakt zum Minderjährigen) vergleichbar ist.

Besondere Verarbeitungssituationen

Auch für besondere Datenverarbeitungssituation gibt es teilweise Sonderregelungen, die zu beachten sind. Im Beschäftigtendatenschutz sieht § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG gestützt auf die Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO vor, dass die Einwilligung schriftlich oder elektronisch (s.o.) zu erfolgen hat, sofern nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Besonderheiten sind auch bei der Einwilligung in die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken zu beachten (s. bspw. ErwGr. 33).

Anmerkung zur Nutzung dieses Kurzpapiers:

Dieses Kurzpapier darf - ohne Rückfrage bei einer Aufsichtsbehörde - kommerziell und nicht kommerziell genutzt, insbesondere vervielfältigt, ausgedruckt, präsentiert, verändert, bearbeitet sowie an Dritte übermittelt oder auch mit eigenen Daten und Daten

Anderer zusammengeführt und zu selbständigen neuen Datensätzen verbunden werden, wenn der folgende Quellenvermerk angebracht wird: „Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz). Datenlizenz Deutschland - Namensnennung - Version 2.0 (www.govdata.de/dl-de/by-2-0).