



Der Bayerische Landesbeauftragte
für den Datenschutz

Die Einwilligung nach der Datenschutz- Grundverordnung

Stand: 1. Oktober 2018

Einführung

Bereits im früheren Datenschutzrecht konnte eine Datenverarbeitung grundsätzlich auch auf eine Einwilligung gestützt werden. Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)¹ nennt weiterhin in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO die Einwilligung als eine **mögliche Grundlage für eine rechtmäßige Verarbeitung von personenbezogenen Daten**. Nach dieser Vorschrift ist eine Verarbeitung rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat.

Eine Einwilligung ist nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung 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“.

Das Arbeitspapier erläutert die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung (I.). Es geht auf das Widerrufsrecht der betroffenen Person (II.) sowie die Nachweispflicht des Verantwortlichen (III.) ein. Erläuterungen zu einigen häufig auftretenden Fragestellungen (IV.) sowie Praxishinweise (V.) schließen das Arbeitspapier ab.

Ergänzend zu diesem Arbeitspapier mache ich auf die „Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679“ des Europäischen Datenschutzausschusses (bisher: Datenschutzgruppe nach Artikel 29)² aufmerksam, die weitere nützliche Hinweise enthalten.

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1, berichtigt ABl. L 314 vom 22. November 2016, S. 72, und ABl. L 127 vom 23. Mai 2018, S. 2).

² Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Stand 4/2018, WP 259 rev.01, im Internet abrufbar unter <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Orientierungs- und Praxishilfen – Einwilligung“.

Inhaltsverzeichnis

I.	Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung	4
1.	Freiwillig (Art. 4 Nr. 11 DSGVO)	4
2.	Informiert (Art. 4 Nr. 11 DSGVO)	4
3.	Bezogen auf einen bestimmten Zweck (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO)	5
4.	Bezogen auf eine bestimmte Verarbeitung (Art. 4 Nr. 11 DSGVO)	5
5.	Unmissverständlich (Art. 4 Nr. 11 DSGVO)	5
II.	Widerruf der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 DSGVO)	6
III.	Nachweispflicht (Art. 7 Abs. 1 DSGVO)	6
IV.	Weitere ausgewählte Fragen zur Einwilligung	7
1.	Besondere Kategorien personenbezogener Daten	7
2.	Automatisierte Einzelfallentscheidungen	7
3.	Fortgeltung bisher erteilter Einwilligungen	8
V.	Praxishinweise	8

I. Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

1. Freiwillig (Art. 4 Nr. 11 DSGVO)

Die Einwilligung setzt zunächst eine **freiwillige Entscheidung** voraus. Nach der Datenschutz-Grundverordnung kann eine Willensbekundung nur freiwillig sein, wenn die betroffene Person „eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“ (Erwägungsgrund [ErwGr] 42 DSGVO).

Auch Verarbeitungen durch **öffentliche Stellen** können auf Grund einer Einwilligung rechtmäßig sein. Allerdings ist hier das Merkmal der Freiwilligkeit **besonders sorgfältig zu prüfen**. Darauf weist ErwGr 43 DSGVO eindrücklich hin. Öffentliche Stellen haben nicht selten durch ihre gesetzlichen Befugnisse die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse mit den Bürgerinnen und Bürgern einseitig zu regeln. Ein insofern bestehendes Ungleichgewicht wird dadurch ausgeglichen, dass die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung durch Rechtsvorschrift vorgegeben werden. Demzufolge spielt die **Einwilligung im öffentlichen Bereich** als Voraussetzung für eine rechtmäßige Verarbeitung von Daten – wie bislang auch – nur eine **untergeordnete Rolle**.

Beispiele (insbesondere aus der kommunalen Praxis) für zulässige Datenverarbeitungen auf der Basis von Einwilligungen: Veröffentlichung von (Gruppen-)Fotos aus Kindergärten, Jugendheimen und anderen Einrichtungen; Veröffentlichung von Jubiläums- oder Standesamtsdaten in „Gemeindebriefen“,³ Erfassung von „Kundendaten“ bei Buchung von Volkshochschulkursen, Versendung von Newslettern,⁴ Datenverarbeitungen in Bibliothekssystemen oder beim Verkauf von Tickets zu kommunalen Veranstaltungen.

2. Informiert (Art. 4 Nr. 11 DSGVO)

Außerdem muss die betroffene Person ihre Einwilligung **„in informierter Weise“** erteilen. Das setzt voraus, dass die betroffene Person mindestens weiß, wer der Verantwortliche ist und für welchen Zweck ihre Daten verarbeitet werden sollen. Insgesamt muss die Unterrich-

³ Dazu Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Melderegisterdaten und Gratulationen, Aktuelle Kurz-Information 5, im Internet abrufbar unter <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Aktuelle Kurz-Informationen“.

⁴ Dazu Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Versand von Newslettern durch bayerische öffentliche Stellen, Aktuelle Kurz-Information 1 im Internet abrufbar unter <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Aktuelle Kurz-Informationen“.

tung die betroffene Person in die Lage versetzen zu wissen, dass und in welchem Umfang sie ihre Einwilligung erteilt (ErwGr 42 DSGVO).

Nach Art. 7 Abs. 3 Satz 3 DSGVO ist die betroffene Person auch darüber zu belehren, dass sie jederzeit ihre Einwilligung widerrufen kann, der Widerruf der Einwilligung die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung aber nicht rückwirkend beseitigt.

3. Bezogen auf einen bestimmten Zweck (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO)

Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO kann die Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten nur „**für einen oder mehrere bestimmte Zwecke**“ erteilt werden. Dieses Erfordernis greift das Prinzip der Zweckbindung nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DSGVO auf.

Beispiel: Hinsichtlich der Verarbeitung für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung genügt eine pauschale Bezugnahme auf Forschungszwecke nicht den Anforderungen an eine eindeutige Zweckbestimmung. Möglich ist demgegenüber, dass die betroffene Person ihre Einwilligung nur für bestimmte Forschungsbereiche oder nur für Teile von Forschungsprojekten erteilt (ErwGr 33 DSGVO).

4. Bezogen auf eine bestimmte Verarbeitung (Art. 4 Nr. 11 DSGVO)

Die Einwilligung muss sich weiterhin auf **eine bestimmte Verarbeitung von Daten** beziehen. Willensbekundungen, die einen im Zeitpunkt der Einwilligung nicht absehbaren Kreis von Verarbeitungen abdecken sollen, genügen nicht. Es gibt unter der Datenschutz-Grundverordnung – wie auch im bisherigen nationalen Recht – **keine „Blanko-Einwilligungen“**.

5. Unmissverständlich (Art. 4 Nr. 11 DSGVO)

Die betroffene Person muss die Einwilligung in eine Verarbeitung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht haben, damit diese ihre Rechtfertigungswirkung entfalten kann. Diese Willensbekundung kann in Form einer ausdrücklichen Erklärung oder einer sonstigen **eindeutigen bestätigenden Handlung** erfolgen.

Beispiel: Eine elektronisch abgegebene Erklärung ist eine eindeutige bestätigende Handlung, wenn die betroffene Person beim Besuch einer Internetseite dort selbst ein Kästchen anklickt. Keine eindeutige Erklärung liegt hingegen vor, wenn ein Kästchen bereits systemseitig angekreuzt ist und die betroffene Person das Kreuzchen nicht herausnimmt. Untätigkeit ist keine unmissverständliche bestätigende Handlung (vgl. ErwGr 32 DSGVO).

II. Widerruf der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 DSGVO)

Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die **Rechtmäßigkeit der** auf ihrer Grundlage **bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt**.

Der **Widerruf** der Einwilligung muss für die betroffene Person so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein. Die betroffene Person ist gemäß Art. 7 Abs. 3 Satz 3 DSGVO **zu belehren** (siehe bereits oben unter I. 2.).

III. Nachweispflicht (Art. 7 Abs. 1 DSGVO)

Stützt eine öffentliche Stelle eine Datenverarbeitung auf eine Einwilligung, so muss sie nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat (Art. 7 Abs. 1 DSGVO). Diese Nachweispflicht ist eine **spezifische Ausprägung der Rechenschaftspflicht** nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO.

Die Nachweispflicht erfordert eine Form der Einwilligungserklärung, die einen solchen Nachweis auch ermöglicht. Die **Schriftform** ist durch die Datenschutz-Grundverordnung zwar nicht gefordert, ihre Wahrung im Hinblick auf die Nachweispflicht aber **nach wie vor zu empfehlen**.

IV. Weitere ausgewählte Fragen zur Einwilligung

1. Besondere Kategorien personenbezogener Daten

Art. 9 DSGVO schützt **besonders sensible personenbezogene Daten**.⁵ Nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten untersagt, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen. Ebenso untersagt ist die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person.

Nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO gilt dieses Verbot allerdings nicht, wenn – neben den allgemeinen Verarbeitungsvoraussetzungen – auch ein dort genannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

Im Hinblick auf die Einwilligung sieht etwa Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO vor, dass **ausdrücklich in die Verarbeitung der sensiblen Daten eingewilligt** werden muss. Eine Einwilligungserklärung durch schlüssiges Handeln ist hier somit ausgeschlossen.

Die Mitgliedstaaten können jedoch gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. a Halbsatz 2 DSGVO im nationalen Recht vorsehen, dass das Verbot nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO überhaupt nicht durch Einwilligung aufgehoben werden kann.

2. Automatisierte Einzelfallentscheidungen

Art. 22 DSGVO regelt die sogenannte automatisierte Entscheidung im Einzelfall einschließlich Profiling. Danach darf die betroffene Person im Grundsatz keiner Entscheidung unterworfen werden, die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruht.

Dies gilt allerdings nach Art. 22 Abs. 2 Buchst. c DSGVO unter anderem dann nicht, wenn die betroffene Person **ausdrücklich ihre Einwilligung mit der automatisierten Einzelfallentscheidung erklärt** hat.

⁵ Dazu näher Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Die Datenschutz-Grundverordnung. Ein Überblick, unter III. 1. b), im Internet abrufbar unter <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Informationsreihe – Überblick“.

3. Fortgeltung bisher erteilter Einwilligungen

Mit dem Geltungsbeginn der Datenschutz-Grundverordnung (25. Mai 2018) sind die nach bisherigem Datenschutzrecht wirksamen Einwilligungen **nicht „automatisch“ unwirksam** geworden, auch wenn sie nicht in jeder Hinsicht den Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung entsprechen.

Vielmehr stellt ErwGr 171 DSGVO klar, dass die Verantwortlichen – also auch die öffentlichen Stellen – in vielen Fällen die Verarbeitung aufgrund einer bereits vor Geltung der Datenschutz-Grundverordnung eingeholten Einwilligung fortsetzen können.

Voraussetzung ist allerdings, dass die „**Art der bereits erteilten Einwilligung**“ (so wörtlich ErwGr 171 Satz 3 DSGVO) **den Bedingungen der Datenschutz-Grundverordnung entspricht**. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, muss die Einwilligung unter Beachtung der Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung neu eingeholt werden.

Beispiel: Unwirksam ist eine nach bisherigem Recht in bestimmten Fällen mögliche „Opt-out“-Einwilligung („vorangekreuztes Kästchen“), da eine solche „Art der Einwilligung“ künftig nicht mehr zulässig ist (siehe ErwGr 32 DSGVO).

V. Praxishinweise

- Die Verarbeitung personenbezogener Daten auf Grund von Einwilligungen hat für öffentliche Stellen (weiterhin) untergeordnete Bedeutung.
- Besonders zu achten ist auf eine rechtzeitige und verständliche Information der betroffenen Personen. Die Information der betroffenen Personen muss hinreichend klar über die geplante Verarbeitung unterrichten und umfasst auch die Belehrung über das Recht, eine erteilte Einwilligung jederzeit zu widerrufen.
- Die bayerischen öffentlichen Stellen sollten ihre Einwilligungsformulare auf die Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung überprüfen.
- Weiterhin sollten sie für eine sachgerechte Dokumentation Sorge tragen.
- Was bereits vorliegende Einwilligungen betrifft, sollte kritisch überprüft werden, ob diese auch unter der Datenschutz-Grundverordnung wirksam bleiben oder nach Maßgabe des neuen Rechts nochmals einzuholen sind.