

## DATENSCHUTZ – D02

Stand: Mai 2018

Ihr Ansprechpartner  
Ass. iur. Kim Pleines

E-Mail  
kim.pleines@saarland.ihk.de

Tel.  
(0681) 9520-640

Fax  
(0681) 9520-690

### Einwilligung nach der DSGVO

Die Einwilligung spielt auch nach der DSGVO eine wichtige Rolle für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung. Sie ist die verlässlichste Grundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Durch Sie willigt der Betroffene aktiv in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten ein.

Die DSGVO führt den bisher geltenden Grundsatz des **Verbots mit Erlaubnisvorbehalt** fort. **Datenverarbeitungen** sind demnach generell verboten, es sei denn, es liegt ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand oder eine Einwilligung der betroffenen Person vor. Für eine **rechtskonforme Einwilligung** sind jedoch eine Vielzahl von Regelungen zu beachten. Häufig sind Einwilligungen unwirksam, weil sie nicht den rechtlichen Anforderungen entsprechen. Ist die Einwilligung unwirksam, hat dies weitreichende Folgen: Liegt kein Erlaubnistatbestand nach Art. 6 Abs. 1 lit. b bis f DSGVO vor, ist die Datenverarbeitung für den Unternehmer verboten.

Folgende Punkte müssen Sie bei der Einholung einer rechtskonformen Einwilligung beachten:

#### Begriff der Einwilligung

Der Begriff der Einwilligung wird in der DSGVO definiert. Danach ist eine Einwilligung 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, Art. 4 Nr. 11 DSGVO.

## Form der Einwilligung

Formale Anforderungen an die Einwilligung enthält Art. 7 DSGVO. Die Einwilligungserklärung muss **in verständlicher, leicht zugänglicher Form, in klarer und einfacher Sprache** sein. Sie darf nicht in den AGB oder in der Datenschutzerklärung „versteckt“ werden, sondern ist getrennt von anderen Inhalten darzustellen.

Eine **bestimmte Form** für die Erteilung der Einwilligung **schreibt** die DSGVO - anders als das BDSG - **nicht vor**. Sie kann **schriftlich, elektronisch** oder **mündlich** erfolgen. Wichtig ist, dass eine unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutig bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person ihr sein Einverständnis zur Datenverarbeitung signalisiert, erkennbar ist.

Folgende Formen der Einwilligung sind **zulässig**:

- Einwilligung durch Anklicken einer Checkbox;
- Einwilligung per Mail;
- Einwilligung per Double-Opt-In;
- mündliche Einwilligung.

**Nicht ausreichend** sind bereits vorangekreuzte Kästchen. Vielmehr muss der Betroffene **aktiv** seine Einwilligung **geben**.

Auch wenn keine Form vorgeschrieben ist, muss in jedem Fall berücksichtigt werden, dass Unternehmen der **Nachweispflicht** nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO unterliegen: Sie sind verpflichtet, die Einhaltung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung (der Aufsichtsbehörde) nachzuweisen. In der Praxis wird es im Ergebnis daher wohl weiterhin empfehlenswert sein, Einwilligungen in Schriftform, per elektronischer Protokollierung oder auf andere bewährte Weisen einzuholen.

## Freiwilligkeit der Einwilligung

Grundsätzlich gilt das bisher bekannte Prinzip, dass eine Einwilligung **freiwillig** und **ohne jeden Zwang** abgegeben werden muss. Nach den Erwägungsgründen, welche der DSGVO angehängt sind und der Auslegung dienen, gilt eine Einwilligung dann nicht als freiwillig abgegeben, wenn zwischen den Parteien ein **klares Ungleichgewicht** besteht und es deshalb unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung ohne Zwang abgegeben wurde.

Ein solches Ungleichgewicht könnte etwa zwischen Unternehmen und Verbrauchern bestehen, unter Umständen auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder auch Behörde und Antragsteller. An die Freiwilligkeit werden hohe Anforderungen gestellt. Es droht immer dann die Annahme eines „klaren Ungleichgewichts“, wo es einseitige Vorgaben gibt. Abzuwarten bleibt, wie die Rechtsanwendung sich hier entwickeln wird.

## Informiertheit

Bevor der Betroffene rechtswirksam einwilligen kann, muss die betroffene Person deutlich verstehen, **welche** personenbezogenen **Daten zu welchem Zweck** und **von wem verarbeitet** werden. Blankoeinwilligungen genügen diesen Ansprüchen nicht.

Die **verantwortliche Stelle** muss **ausdrücklich genannt** werden. Dient eine Verarbeitung mehreren Zwecken, müssen alle Zwecke ausdrücklich genannt und die Einwilligung für **sämtliche Zwecke** eingeholt werden. Positiv: Je mehr Zwecke angegeben werden in der Einwilligung, umso größer ist der Spielraum des Unternehmens bei der Verarbeitung der Daten.

**Wichtig:** Eine **Musterformulierung** für die inhaltliche Abfassung einer **Einwilligungserklärung** enthält unser Anhang. Es bleibt abzuwarten, ob und wie die Rechtsprechung die inhaltlichen Kriterien festlegen wird.

Ist eine **Übermittlung an Dritte** geplant, so muss angegeben werden, an welche Person bzw. welches Unternehmen diese Weitergabe erfolgt. Eine solche Übermittlung an „Dritte“ liegt auch vor, wenn personenbezogene Daten innerhalb eines Konzerns weitergegeben werden. Auch in der DSGVO hat man sich gegen das sog. „Konzernprivileg“ ausgesprochen. Soweit die konkrete Verwendung von Daten bei deren Erhebung noch unklar ist, muss eine Information über alle in Betracht kommenden Verwendungen gegeben werden.

## Eindeutigkeit/Unmissverständlichkeit

Das Einverständnis in die Verarbeitung muss eindeutig zum Ausdruck kommen. Dieser Grundsatz bedeutet das Ende von sog. Opt-Out-Verfahren. Stillschweigen, Inaktivität oder vorangekreuzte Kästchen gehören damit also der Vergangenheit an und werden von der **Opt-In-Lösung** abgelöst.

Die unmissverständliche Einwilligung setzt auch voraus, dass die Informationen in einer klaren und einfachen Sprache über die Einwilligungserklärung gegeben werden.

Werden Einwilligungserklärungen im Rahmen von **AGB** abgegeben, so dürfen diese nicht verborgen bleiben. Sie müssen deutlich hervorgehoben (etwa durch Fettdruck), leicht zugänglich sein und es dürfen inhaltlich **keine missbräuchlichen Klauseln** verwandt werden.

Sicherer ist es, die Einwilligungserklärungen außerhalb der AGB einzuholen. Dafür bietet sich die Opt-In-Lösung an. Das heißt, dass derjenige, der in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten einwilligt, aktiv ein Kästchen ankreuzt, ein „Ja“ darunter setzt oder auch extra Unterschriften tätigt.

## Kopplungsverbot

Die DSGVO führt das sogenannte **Kopplungsverbot** bei Einwilligungen ein. Danach dürfen vertragliche Leistungen (Waren oder Dienstleistungsverträge) nicht davon abhängig gemacht werden, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind, einwilligt. Verlangt das Unternehmen Daten, die für die Erfüllung des Vertrages **nicht erforderlich sind**, sollte die Verarbeitung nicht auf eine Einwilligung gestützt werden.

Umstritten ist, ob das Kopplungsverbot auch dort Anwendung findet, wo Nutzern entgeltfreie - weil zum Beispiel werbefinanzierte - Inhalte und Dienstleistungen angeboten werden. Wird eine vertragliche Leistung entgeltfrei angeboten unter Bereitstellung personenbezogener Daten als Gegenleistung (= Dienstleistung gegen Daten) und kann der angebotene Dienst nur auf diese Weise wirtschaftlich angeboten werden, wird teilweise die Ansicht vertreten, dass das Kopplungsverbot nicht greift. Die Klärung dieser Streitfrage bleibt abzuwarten. Bis zur rechtsverbindlichen Entscheidung der Frage, ist es jedoch ratsam, sich an dem Wortlaut der DSGVO zu orientieren.

## Hinweis auf Widerrufsmöglichkeit

Die betroffene Person hat das Recht, ihre **Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft zu widerrufen**. Wie bisher auch muss die betroffene Person ausdrücklich auf dieses Recht hingewiesen werden. Dieser Hinweis muss vor Abgabe der Willenserklärung erfolgen und ist ebenso wie die Einwilligungserklärung selbst in einfacher, verständlicher Sprache zu verfassen und leicht zugänglich zu machen. Beim Versand von Newslettern hat sich der „Abmeldelink“ am Ende der Werbe-Mail etabliert.

Das Widerrufsrecht kann **jederzeit ohne Begründung** geltend gemacht werden. Datenverarbeitungen, die vor dem Widerruf erfolgt sind, bleiben rechtmäßig. Der Widerruf hat **keine Rückwirkung**.

Die Belehrung über das Widerrufsrecht sollte auch in der Datenschutzerklärung auf der Firmenhomepage aufgenommen werden.

→D07 „Die Datenschutzerklärung nach der DSGVO“, **Kennzahl 2158**

## Einwilligung von Minderjährigen

Neu geregelt ist die Einwilligung von Minderjährigen. Das bisherige Datenschutzrecht kannte keine Spezialregelung für die Verarbeitung von Daten Minderjähriger. Die DSGVO fordert für eine Datenverarbeitung die **Einwilligung der Erziehungsberechtigten**, soweit es um die Nutzung von Online-Diensten durch Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren geht.

Für Unternehmen bedeutet dies, dass sie ein System implementieren müssen, bei dem das Alter der betroffenen Person ermittelt wird. Hinzu kommt, dass das Unternehmen die Identität der Erziehungsberechtigten feststellen und die Echtheit der Einwilligungserklärungen sicherstellen muss. Die DSGVO fordert, dass das Unternehmen „unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik angemessene Anstrengungen“ unternimmt, um sich zu vergewissern, dass die Einwilligung durch die Erziehungsberechtigten erteilt wurde.

## **Gelten bisher eingeholte Einwilligungen fort?**

Ja. Nach Erwägungsgrund Nr. 171 ist es **nicht erforderlich**, dass bereits eingeholte Einwilligungen neu eingeholt werden müssen, sofern diese ihrer Art nach den Bedingungen der DSGVO entsprechen. Verstoßen alte Einwilligungen allerdings gegen das Gebot der Freiwilligkeit und insbesondere gegen das neu verankerte Kopplungsverbot gelten sie nicht fort und müssen erneut eingeholt werden. Es ist daher ratsam, bestehende Einwilligung speziell darauf hin zu prüfen und den Einwilligungsprozess bei Handlungsbedarf kurzfristig anzupassen.

Die Einwilligung wurde rechtmäßig eingeholt, wenn

- das Kopplungsverbot berücksichtigt wurde,
- der Grundsatz der Freiwilligkeit beachtet wurde und
- der Hinweis auf den jederzeitigen Widerruf erfolgte.

Erweisen sich Einwilligungen nach den oben genannten Kriterien als **unwirksam**, sollte eine neue Einwilligung eingeholt werden.

# Muster einer Einwilligungserklärung

## Einwilligungserklärung

- Ja, ich bin damit einverstanden, dass die *[Angabe Ihres Unternehmens]* meine oben angegebenen Daten

Oder: folgende Daten \_\_\_\_\_  
Name E-Mail-Adresse

Und ggf.: die Daten meiner Familie

für *[Angabe des Zwecks/der Zwecke: z.B. zum Versand von Informationen/Einladungen, zur Nachbearbeitung des Vertrages etc.]*

- per Mail  
 per Telefon/per SMS  
 per Fax

verarbeitet werden.

Die von Ihnen angegebenen Daten werden nicht an Dritte weitergegeben.

Oder:

Die von Ihnen angegebenen Daten werden an folgende Empfänger weitergeleitet: *[Angabe Empfänger]*.

Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie Ihre Einwilligung jederzeit unentgeltlich mit Wirkung für die Zukunft widerrufen können. Selbstverständlich können Sie auch zu jedem späteren Zeitpunkt mit Wirkung für die Zukunft von Ihrem Widerrufsrecht Gebrauch machen oder einen eingelegten Widerruf wieder zurücknehmen.

Bitte richten Sie Ihren Widerruf an *[Angabe der Postanschrift, E-Mail-Adresse und Telefon-/Faxnummer einer Kontaktperson]*.

Weitere Information erhalten Sie in unserer Datenschutzerklärung unter: *[Link einfügen]*

---

Datum

Unterschrift

*Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer IHK – nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.*