



Der Bayerische Landesbeauftragte  
für den Datenschutz

---

Die Einwilligung  
nach der Datenschutz-  
Grundverordnung  
Orientierungshilfe

---

Herausgeber:

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz  
80538 München | Wagmüllerstraße 18  
Telefon: +49 89 21 26 72-0  
E-Mail: [poststelle@datenschutz-bayern.de](mailto:poststelle@datenschutz-bayern.de)  
<https://www.datenschutz-bayern.de>

Bearbeiter:

Dr. Patrick Veigel

Version 1.0 | Stand: 1. September 2021

Diese Orientierungshilfe wird ausschließlich in elektronischer Form bereitgestellt.  
Sie kann im Internet auf <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik  
„Datenschutzreform 2018“ abgerufen werden.

Die PDF-Datei ist für den doppelseitigen Ausdruck optimiert.

# Vorwort

Die Einwilligung bildet im Datenschutzrecht eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten (vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a Datenschutz-Grundverordnung – DSGVO). Im öffentlichen Sektor steht sie im Schatten der gesetzlichen Verarbeitungsbefugnisse (vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e DSGVO), die den Umgang mit solchen Daten oftmals bereichsspezifisch reglementieren. Diese Verarbeitungsbefugnisse stellen einen adäquaten Ausgleich von Verarbeitungs- und Vertraulichkeitsinteressen sicher und gewährleisten, dass eine Behörde Bürgerinnen und Bürger in datenschutzrechtlicher Hinsicht nicht „über den Tisch ziehen“ kann. Auch im öffentlichen Sektor ist die Einwilligung als Rechtsgrundlage aber nicht völlig bedeutungslos.

Die vorliegende Orientierungshilfe möchte zum einen die Funktionsweise des Instruments „Einwilligung“ erläutern sowie Auslegungs- und Anwendungshilfen für die Praxis der bayerischen öffentlichen Stellen bieten. Sie erfüllt damit eine Funktion, in welcher sie auch Verantwortlichen des nicht-öffentlichen Bereichs sowie Verantwortlichen außerhalb Bayerns von Nutzen sein kann. Zum anderen geht die Orientierungshilfe ausführlich auf das Verhältnis der Einwilligung zu den gesetzlichen Verarbeitungsbefugnissen ein; dieser Aspekt ist im öffentlichen Sektor von zentraler Bedeutung, für Unternehmen, Vereine und Privatpersonen, die keine öffentlichen Aufgaben wahrnehmen, jedoch nicht: Diese Verantwortlichen können gesetzliche Verarbeitungsbefugnisse nämlich in aller Regel nicht nutzen.

Bitte beachten Sie folgende Benutzungshinweise:

- Um den Gebrauch der Orientierungshilfe zu erleichtern, sind die einschlägigen Normtexte vorangestellt. Merkmale oder Merkmalsgruppen in den Vorschriften sind mit Verweisen auf die Randnummern der Erläuterungen versehen.
- In der Orientierungshilfe zitierte Veröffentlichungen des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz sind – soweit nicht anders angegeben – auf der Internetpräsenz <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik „Datenschutzreform 2018“ abrufbar.
- Wenn Sie Rückfragen oder Verbesserungsvorschläge haben, nutzen Sie bitte das dafür eingerichtete Postfach [orientierungshilfen@datenschutz-bayern.de](mailto:orientierungshilfen@datenschutz-bayern.de).



# Inhaltsverzeichnis

Normtexte und Erwägungsgründe.....	7
I. Einführung.....	11
II. Die Einwilligung im System der Datenschutz-Grundverordnung.....	13
III. Zum Verhältnis von Einwilligung und Verarbeitungsbefugnis.....	15
1. Die Einwilligung als alleinige Rechtsgrundlage.....	15
2. Einwilligung und Verarbeitungsbefugnis.....	16
3. Einwilligung und Zustimmung.....	18
IV. Die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten.....	20
1. Einwilligende Person.....	20
a) Einwilligungsfähigkeit.....	20
aa) Minderjährige.....	20
bb) Einwilligungsunfähige Volljährige.....	22
b) Stellvertretung.....	22
2. Formelle Anforderungen der Einwilligung.....	23
a) Formerfordernis und Beweislast.....	23
b) Unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung.....	25
aa) Auslegung des Erklärungsgehalts.....	25
bb) Aktives Handeln.....	26
cc) Konkludentes Handeln.....	27
dd) Sonderfall: Ausdrückliche Einwilligungen.....	27
c) Zeitpunkt der Einwilligung.....	28
d) Adressat der Einwilligungserklärung.....	28
3. Inhaltliche Anforderungen der Einwilligung.....	28
a) Freiwillig.....	28
aa) Machtungleichgewicht.....	29
bb) Koppelungsverbot.....	32
b) Für den bestimmten Fall.....	33
c) In informierter Weise.....	34
d) Zweckbindung.....	37
4. Rechtsfolgen der Einwilligung.....	38
V. Widerruf der Einwilligung.....	40

## Inhaltsverzeichnis

VI. Aufbewahren von Einwilligungen .....	42
1. Ausgangspunkt: Rechenschaftspflicht .....	42
2. Verarbeitungen im Zusammenhang mit einer Einwilligung .....	42
3. Umfang der Nachweispflicht.....	43
4. Widerruf der Einwilligung .....	43
VII. Fortgeltung bisher erteilter Einwilligungen .....	45
VIII. Praxishinweise .....	46
IX. Checkliste vor Einholung einer Einwilligung .....	47

# Normtexte und Erwägungsgründe

## Datenschutz-Grundverordnung

### Art. 4

#### Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

[...]

11. „Einwilligung“ der betroffenen Person<sup>Rn. 9</sup> jede freiwillig<sup>Rn. 67 ff.</sup> für den bestimmten Fall<sup>Rn. 87 ff.</sup>, in informierter Weise<sup>Rn. 91 ff.</sup> und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung,<sup>Rn. 55 ff.</sup> mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung<sup>Rn. 10</sup> der sie betreffenden personenbezogenen Daten<sup>Rn. 9</sup> einverstanden ist;

[...].

### Art. 6

#### Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

(1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

- a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke<sup>Rn. 101</sup> gegeben;

[...].

### Art. 7

#### Bedingungen für die Einwilligung

(1) Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.<sup>Rn. 52 ff., Rn. 118 ff.</sup>

(2) Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.<sup>Rn. 98 ff.</sup>

(3) Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.<sup>Rn. 110 ff.</sup>

## Normtexte

(4) Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. <sup>Rn. 80 ff.</sup>

### Erwägungsgrund 32

Die Einwilligung sollte durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung. Dies könnte etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert. Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen. Die Einwilligung sollte sich auf alle zu demselben Zweck oder denselben Zwecken vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge beziehen. Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden. Wird die betroffene Person auf elektronischem Weg zur Einwilligung aufgefordert, so muss die Aufforderung in klarer und knapper Form und ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes, für den die Einwilligung gegeben wird, erfolgen.

### Erwägungsgrund 33

Oftmals kann der Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten nicht vollständig angegeben werden. Daher sollte es betroffenen Personen erlaubt sein, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht. Die betroffenen Personen sollten Gelegenheit erhalten, ihre Einwilligung nur für bestimmte Forschungsbereiche oder Teile von Forschungsprojekten in dem vom verfolgten Zweck zugelassenen Maße zu erteilen.

### Erwägungsgrund 42

Erfolgt die Verarbeitung mit Einwilligung der betroffenen Person, sollte der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu dem Verarbeitungsvorgang gegeben hat. Insbesondere bei Abgabe einer schriftlichen Erklärung in anderer Sache sollten Garantien sicherstellen, dass die betroffene Person weiß, dass und in welchem Umfang sie ihre Einwilligung erteilt. Gemäß der Richtlinie 93/13/EWG des Rates sollte eine vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt werden, und sie sollte

keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten. Damit sie in Kenntnis der Sachlage ihre Einwilligung geben kann, sollte die betroffene Person mindestens wissen, wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen. Es sollte nur dann davon ausgegangen werden, dass sie ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.

#### Erwägungsgrund 43

Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern. Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.

#### Erwägungsgrund 155

Im Recht der Mitgliedstaaten oder in Kollektivvereinbarungen (einschließlich „Betriebsvereinbarungen“) können spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorgesehen werden, und zwar insbesondere Vorschriften über die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen, über die Verarbeitung dieser Daten für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.

#### Erwägungsgrund 171

Die Richtlinie 95/46/EG sollte durch diese Verordnung aufgehoben werden. Verarbeitungen, die zum Zeitpunkt der Anwendung dieser Verordnung bereits begonnen haben, sollten innerhalb von zwei Jahren nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung mit ihr in Einklang gebracht werden. Beruhen die Verarbeitungen auf einer Einwilligung gemäß der Richtlinie 95/46/EG, so ist es nicht erforderlich, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, wenn die Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen dieser Verordnung entspricht, so dass der Verantwortliche die Verarbeitung nach dem Zeitpunkt der Anwendung der

## Normtexte

vorliegenden Verordnung fortsetzen kann. Auf der Richtlinie 95/46/EG beruhende Entscheidungen bzw. Beschlüsse der Kommission und Genehmigungen der Aufsichtsbehörden bleiben in Kraft, bis sie geändert, ersetzt oder aufgehoben werden.

# I. Einführung

Personenbezogene Daten müssen auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden (Art. 5 Abs. 1 Buchst a DSGVO). Mögliche Rechtsgrundlagen sind in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO im Einzelnen aufgeführt. An erster Stelle ist dabei die Einwilligung genannt. Der europäische Gesetzgeber hat damit grundrechtliche Vorgaben aus Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) konkretisiert. Nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 GRCh dürfen personenbezogene Daten nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. **1**

Die Einwilligung sollte nicht als Weg missverstanden werden, Grundrechtspositionen der betroffenen Person zu verkürzen. Vielmehr dient die Einwilligung der Ausübung und Ausformung des Datenschutzgrundrechts. Die betroffene Person disponiert mit ihr frei und freiwillig über den grundrechtlichen Schutz. Dass eine Verarbeitung „unter Einwilligung“ auf keiner anderen Grundlage erlaubt ist als dem freien Willen der betroffenen Person, zeigt etwa die Widerrufsmöglichkeit in Art. 7 Abs. 3 DSGVO. Die Datenschutz-Grundverordnung gewährleistet die Maßgeblichkeit des individuellen Willens auch dann, wenn es um die Zeitdauer zulässiger Verarbeitung geht. Die Regelungen zur Einwilligung dienen einerseits dem Schutz der betroffenen Person, andererseits gestalten sie deren Freiheitsrecht inhaltlich aus. **2**

Anders als im nicht-öffentlichen Bereich spielt die Einwilligung als Rechtsgrundlage der Verarbeitung personenbezogener Daten im öffentlichen Sektor nur eine nachrangige Rolle. Dies hängt damit zusammen, dass Verantwortliche in diesem Bereich – das sind in Bayern insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 Bayerisches Datenschutzgesetz (BayDSG) genannten bayerischen öffentlichen Stellen – personenbezogene Daten meist auf Grund einer Verarbeitungsbefugnis aus dem nationalen Recht (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e, Abs. 3 UAbs. 1 Buchst. b DSGVO) verarbeiten. **3**

Bayerische öffentliche Stellen sind regelmäßig grundrechtsverpflichtet. Sie sind damit insbesondere auch an das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz – GG) gebunden; in Grundrechte darf grundsätzlich nur auf gesetzlicher Grundlage eingegriffen werden. Die Verarbeitungsbefugnisse des nationalen Rechts stellen nicht nur diese Rechtfertigung, sondern auch einen effektiven Grundrechtsschutz sicher: Mit zunehmender Intensität eines zugelassenen Eingriffs in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung muss der Gesetzgeber spezifischere, oft auch voraussetzungsreichere Verarbeitungsbefugnisse vorsehen. Für gewichtige Grundrechtseingriffe benötigen die bayerischen öffentlichen Stellen regelmäßig Verarbeitungsbefugnisse, die insbesondere auf eine bestimmte Verarbeitungssituation und die mit ihr für die oder den Einzelnen verbundenen Risiken eingehen. Bayerische öffentliche Stellen müssen dann beabsichtigte Verarbeitungen vertieft prüfen und begründen, und sie müssen respektieren, wenn eine Verarbeitungsbefugnis eine Verarbeitung einmal nicht deckt. **4**

## I. Einführung

- 5 Das verzweigte System von Verarbeitungsbefugnissen des nationalen Rechts ermöglicht und begrenzt Verarbeitungen durch öffentliche Stellen. Wie öffentliche Interessen an einer Verarbeitung personenbezogener Daten einerseits und private Interessen, von Verarbeitungen verschont zu bleiben, andererseits zum Ausgleich gebracht werden, ist teilweise vom Gesetzgeber bereits entschieden, teilweise verbleiben der Verwaltung Spielräume, die wiederum nach den dafür geltenden Maßgaben – etwa Art. 5 Abs. 1 DSGVO – auszufüllen sind. Im Vergleich mit dem Gefüge von Rechtsgrundlagen für Verarbeitungen personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen Sektor bietet das für die bayerischen öffentlichen Stellen maßgebliche System von Verarbeitungsbefugnissen ein hohes Maß von Handlungssicherheit. Auf individuelle Aushandlungsprozesse kommt es nicht an; Bürgerinnen und Bürger sind gegen „übergreifende“ Verantwortliche auch dann geschützt, wenn sie sich in einer unterlegenen Machtposition befinden.
- 6 Vor diesem Hintergrund ist bei der Anwendung der Rechtsgrundlage „Einwilligung“ im öffentlichen Sektor Vorsicht geboten. Die Verarbeitungsbefugnisse legen fest, was bayerische öffentliche Stellen in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten dürfen. Bürgerinnen und Bürger sind niemals verpflichtet, diese Handlungsmöglichkeiten „per Einwilligung“ zu erweitern. Im Einzelfall kann das Instrument „Einwilligung“ dazu dienen, den Raum des „Erlaubten“ in der einen oder anderen Hinsicht zu vergrößern. Dabei ist aber immer besonders darauf zu achten, dass dies im Sinne der oder des Einzelnen geschieht. Darauf ist unter der Einwilligungsvoraussetzung „Freiwilligkeit“ zurückzukommen (siehe Rn. 67 ff.).

## II. Die Einwilligung im System der Datenschutz-Grundverordnung

- Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO legt die Einwilligung als eine mögliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten fest. Danach 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. Diese Kernaussage knüpft an verschiedene Begriffsbestimmungen aus der Datenschutz-Grundverordnung an. **7**
- Als Einwilligung definiert Art. 4 Nr. 11 DSGVO **8**
- „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“.
- Personenbezogene Daten sind dabei gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO **9**
- „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann“.
- Die Einwilligung rechtfertigt die Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten. Als Verarbeitung bezeichnet Art. 4 Nr. 2 DSGVO **10**
- „jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“.
- Die Vorgaben in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO sind nicht abschließend. Insbesondere gestalten die in Art. 4 Nr. 11, Art. 7 und Art. 8 DSGVO enthaltenen Regelungen die Einwilligung in formeller und inhaltlicher Hinsicht näher aus. Alle diese Vorgaben sind daher immer im Zusammenhang zu lesen und bei der Prüfung (insbesondere auch in einem „Prüfungsschema“) zu berücksichtigen. **11**

## II. Die Einwilligung im System der Datenschutz-Grundverordnung

- 12** Die Vorgaben zur Einwilligung gelten gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 BayDSG mit Ausnahme von Art. 8 DSGVO auch im Bereich der Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Strafjustiz (im Folgenden: RLDSJ) – dies gilt freilich nur insoweit, als eine Einwilligung in diesem Bereich überhaupt in Betracht kommt (vgl. näher Rn. 28 ff.).<sup>1</sup>
- 13** Neben den dargestellten grundlegenden Regelungen zur Einwilligung existieren auch außerhalb der Datenschutz-Grundverordnung Bestimmungen, die sich auf Einwilligungen beziehen oder als spezielle Vorgaben vorrangig zu prüfen sind:
- 14** Eine Öffnungsmöglichkeit enthält Art. 88 DSGVO, der den Mitgliedstaaten die Gestaltungsoption eröffnet, durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften im Bereich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext zu schaffen (siehe auch Erwägungsgrund 155 DSGVO). Entsprechende Sonderregelungen wurden auf Bundesebene etwa in § 26 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geschaffen. Da in den Beschäftigungskontext im Sinne von Art. 88 DSGVO nach wohl überwiegender Auffassung nicht nur Arbeits- sondern auch Beamtenverhältnisse fallen, sind für bayerische öffentliche Stellen als Arbeitgeber oder Dienstherrn insbesondere die personalaktenrechtlichen Regelungen der § 50 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG), Art. 103 ff. Bayerisches Beamtengesetz (BayBG) relevant, die gemäß Art. 145 Abs. 2 BayBG grundsätzlich auch für die nicht-verbeamteten Beschäftigten des bayerischen öffentlichen Dienstes gelten. Insbesondere Art. 108 BayBG knüpft an Einwilligungen zur Übermittlung von Personalakten und Auskunft an nicht betroffene Personen an.
- 15** Weitere, die Einwilligungsregelungen der Datenschutz-Grundverordnung konkretisierende Vorschriften enthalten etwa § 67b Abs. 2 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz – (SGB X) bei der Verarbeitung von Sozialdaten und § 100 Abs. 1 Satz 2 SGB X zur Einwilligung als Grundlage für die Auskunftspflicht eines Arztes oder Angehörigen eines anderen Heilberufs.

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 89).

### III. Zum Verhältnis von Einwilligung und Verarbeitungsbefugnis

Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO) und nationalrechtliche Verarbeitungsbefugnisse (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e, Abs. 3 UAbs. 1 Buchst. b DSGVO) bilden Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Die Datenschutz-Grundverordnung legt kein Rangverhältnis von Einwilligung und Verarbeitungsbefugnissen fest. Sie nimmt vielmehr an, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten auch auf mehrere Rechtsgrundlagen gestützt werden darf (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO „mindestens“). Die Datenschutz-Grundverordnung bestimmt weiterhin nicht, dass eine Einwilligung zugunsten öffentlicher Stellen nicht erteilt werden kann.

16

#### 1. Die Einwilligung als alleinige Rechtsgrundlage

Kein Konkurrenzproblem zwischen verschiedenen Rechtsgrundlagen entsteht, wenn für eine Datenverarbeitung außer der Einwilligung kein sonstiger Verarbeitungstatbestand aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO in Betracht kommt. Eine öffentliche Stelle könnte die Datenverarbeitung hier einzig auf eine Einwilligung stützen. In diesem Fall bestimmt eine wirksam erteilte Einwilligung allein über den Umfang einer möglichen Verarbeitung.

17

Beispiel 1: Ein kommunales Krankenhaus lässt die Dienstbekleidung der Beschäftigten bei einer externen Wäscherei reinigen. Auf der jeweiligen Dienstkleidung finden sich Aufnäher mit Namen und Funktionsbezeichnung der Beschäftigten. Da personenbezogene Daten dem externen Wäschereidienstleister offenbart werden und keine gesetzliche Grundlage für eine derartige Verarbeitung existiert, muss zuvor von jedem Beschäftigten eine entsprechende Einwilligung eingeholt werden.

Ist die Erteilung einer Einwilligung aus Rechtsgründen nicht möglich, weil etwa die Intensität eines zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person bestehenden Machtverhältnisses die Freiwilligkeit ausschließt (siehe Rn. 67 ff.), ist eine Verarbeitung ausgeschlossen. Greift dagegen eine Einwilligung ein, stellen sich in dieser Konstellation keine Konkurrenzfragen im Hinblick auf weitere Rechtsgrundlagen.

18

Beispiel 2: Zur Bewerberauswahl für Ausbildungsplätze bei einem bayerischen öffentlichen Arbeitgeber sollen Fragebögen verwendet werden. Dabei soll auch nach der Freizeitgestaltung der Bewerberinnen und Bewerber gefragt werden, um diese besser kennenzulernen. Die Einholung einer Einwilligung hilft hier nicht: Das ausgeprägte Machtungleichgewicht zwischen dem Arbeitgeber sowie den Bewerberinnen und Bewerbern schließt die Freiwilligkeit einer Einwilligung aus. Selbst wenn jemand einen der Ausbildungsplätze unbedingt haben will und daher bereit ist, auf den Schutz seiner Privatsphäre zu verzichten, kann er eine wirksame Einwilligung nicht erteilen. In einer Konkurrenzsituation kann er sich auf diese Weise auch

### III. Zum Verhältnis von Einwilligung und Verarbeitungsbefugnis

nicht einen Vorteil gegenüber Konkurrentinnen und Konkurrenten verschaffen, die ihre Freizeitgestaltung nicht offenlegen möchten.

## 2. Einwilligung und Verarbeitungsbefugnis

- 19** Kann eine öffentliche Stelle eine Verarbeitung personenbezogener Daten auf eine gesetzliche Verarbeitungsbefugnis stützen, so stellt sich die Frage, ob und inwieweit daneben noch Raum für eine Rechtfertigung durch eine Einwilligung ist. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO bestimmt, dass zur Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt sein muss. Aus dem Wort „mindestens“ lässt sich grundsätzlich schließen, dass eine Datenverarbeitung gleichzeitig auf mehrere Verarbeitungstatbestände des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO gestützt werden kann.
- 20** Zu unterscheiden sind hier zwei Konstellationen: Die erste Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass zwar eine gesetzliche Verarbeitungsbefugnis der öffentlichen Stelle im konkreten Fall besteht. Die öffentliche Stelle möchte in diesem Zusammenhang aber eine Verarbeitung vornehmen, welche den Umfang der gesetzlichen Verarbeitungsbefugnis überschreitet. Mit anderen Worten: Die bestehende gesetzliche Verarbeitungsbefugnis deckt Teile einer Verarbeitung nicht ab, etwa, was den Umfang eines Datensatzes betrifft.

Beispiel 3: Im Jahresbericht einer Schule sollen Fotos aller Schulklassen und somit aller Schülerinnen und Schüler abgedruckt werden. Als gesetzlicher spezieller Verarbeitungstatbestand, der die Herausgabe eines Jahresberichts durch eine Schule regelt, steht Art. 85 Abs. 3 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) zur Verfügung. Diese Regelung enthält eine Aufzählung, welche personenbezogenen Daten in einem Jahresbericht einer bayerischen öffentlichen Schule enthalten sein dürfen. Im Einzelnen sind dies „Name, Geburtsdatum, Jahrgangsstufe und Klasse der Schülerinnen und Schüler“. Eine Regelung zu Klassenfotos enthält das Gesetz nicht. Die Schule möchte die entsprechenden Verarbeitungen mit Einwilligungen legitimieren.

- 21** In einer zweiten Konstellation kann sich eine öffentliche Stelle für eine konkrete Verarbeitung personenbezogener Daten auf eine gesetzliche Verarbeitungsbefugnis berufen, möchte aber dieselbe Verarbeitung zusätzlich auf eine Einwilligung stützen (nach dem Grundsatz „doppelt genährt hält besser“).

Beispiel 4 (Abwandlung von Beispiel 3): Eine andere Schule möchte ohnehin nur die von Art. 85 Satz 3 BayEUG zugelassenen Angaben machen. Vorsichtshalber möchte sie bei den Schülerinnen und Schülern aber zusätzlich Einwilligungen einholen.

- 22** In Beispiel 3 stellt sich die Frage, ob Art. 85 Abs. 3 BayEUG als gesetzliche Verarbeitungsbefugnis abschließend zu verstehen ist und eine Sperrwirkung dahin entfalten kann, dass ein Rückgriff auf eine Einwilligung für die Verarbeitung von mit Klassenfotos dargestellten personenbezogenen Daten nicht zulässig ist. Sowohl der Wortlaut als auch der Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 Buchst. c DSGVO) sprechen dafür, dass nur die in Art. 85 Abs. 3 BayEUG ausdrücklich genannten personenbezogenen Daten im Jahresbericht genannt werden dürfen. Immerhin könnten zusätzliche Angaben bei einer Weiterverbreitung des Jahresberichts über die Schulfamilie hinaus leicht für sachfremde – insbesondere kommerzielle –

## 2. Einwilligung und Verarbeitungsbefugnis

Zwecke verwendet werden. Daher dürfte Art. 85 Abs. 3 BayEUG – schulrechtlich – grundsätzlich eine „Sperrwirkung“ dahin entfalten, dass Verarbeitungen auf Grund ergänzender Einwilligungen zu unterbleiben haben, etwa bezüglich der Angabe der Wohnadressen von Schülerinnen und Schülern.<sup>2</sup> Hinsichtlich der Illustration des Jahresberichts mittels Klassenfotos dürfte eine solche Sperrwirkung aber nicht eingreifen: Hier geht es nicht um den von Art. 85 Abs. 3 BayEUG in den Blick genommenen „Personaldatensatz“. Die Gefahr einer zweckwidrigen kommerziellen Verwendung personenbezogener Daten besteht insbesondere bei Schülern der Abschlussklassen, da diese als Zielgruppe für Unternehmen, wie beispielsweise Banken und Versicherungen, besonders interessant sind. Diese Gefahr besteht etwa bei dem Einstellen von Fotos in den Jahresbericht nicht, da hier nicht ohne weiteres ein Kontakt zu den Betroffenen hergestellt werden kann. Die Schule darf hier – schulrechtlich – Einwilligungen einholen, und es ist eine Frage des Datenschutzrechts, ob diese wirksam erteilt werden können.<sup>3</sup>

Möchte die öffentliche Stelle eine Datenverarbeitung auf eine Einwilligung stützen, weil das Fachrecht eine „Lücke“ aufweist, die den gewünschten Verarbeitungsvorgang betrifft, so ist die gesetzliche Regelung genau zu untersuchen. Wurde die konkrete Datenverarbeitung bewusst aus Gründen der Datensparsamkeit nicht gesetzlich geregelt, verbietet sich mit dem Grundsatz der Datenminimierung nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. c DSGVO regelmäßig ein Rückgriff auf eine Einwilligung (etwa die Aufnahme von Wohnadressen der Schülerinnen und Schüler in den Jahresbericht der Schule im vorherigen Beispiel).

23

Existiert dagegen eine gesetzliche Verarbeitungsbefugnis, so stellt sich die Frage, ob die öffentliche Stelle zusätzlich auf eine Einwilligung als Rechtsgrundlage für dieselbe, bereits gesetzlich vorgesehene Verarbeitung zurückgreifen kann (Beispiel 4). Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO („mindestens“) und Art. 17 Abs. 1 Buchst. b am Ende DSGVO scheinen von dieser Möglichkeit grundsätzlich auszugehen. Sinnvoll könnte dies etwa dann sein, wenn das Vorliegen einer gesetzlichen Verarbeitungsgrundlage nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann, etwa weil die Rechtslage sehr kompliziert ist, der Fall aber nach einer schnellen, pragmatischen Lösung verlangt.

24

Kommen gesetzliche Verarbeitungsbefugnisse für die konkrete Verarbeitung in Betracht, so rate ich von einem großzügigen Einholen von Einwilligungen als „Ersatzrechtsgrundlagen“ nachdrücklich ab. Denn mit der Einholung einer Einwilligung könnte die öffentliche Stelle der betroffenen Person eine Entscheidungsautonomie über die Datenverarbeitung suggerieren, die aufgrund der gesetzlichen Verarbeitungsbefugnis gar nicht besteht.<sup>4</sup> Die öffentliche Stelle würde sich widersprüchlich verhalten und somit gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DSGVO verstoßen, wenn sie der betroffenen Person einerseits signalisierte, dass es für die Datenverarbeitung auf deren Einwilligung ankäme, andererseits aber doch jederzeit auf die Alternative der gesetzlichen Verarbeitungsbefugnis zurückgreifen könnte. Als

25

<sup>2</sup> In diese Richtung Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, 20. Tätigkeitsbericht 2002, Nr. 16.1.5.

<sup>3</sup> Vgl. Ehmann u. a., Datenschutz an der Schule, 2019, S. 101.

<sup>4</sup> Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 23. Auf die Musterformulare zur Einholung von Einwilligungen in die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten in der Anlage der Bekanntmachung über erläuternde Hinweise zum Vollzug der datenschutzrechtlichen Bestimmungen für die Schulen – Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 11. Januar 2013 (KWMBL. S. 27, ber. S. 72) wird hingewiesen.

### III. Zum Verhältnis von Einwilligung und Verarbeitungsbefugnis

problematisch erweisen kann sich in derartigen Fällen auch ein Irrtum bei der betroffenen Person im Hinblick die Freiwilligkeit der Einwilligung (siehe Rn. 70).

- 26** In Beispiel 4 ist der Schule (ungeachtet des praktischen Aufwands) daher nicht zu empfehlen, zur Verarbeitung der Namen der Schülerinnen und Schüler Einwilligungen einzuholen. Möchte eine öffentliche Stelle eine Verarbeitung sowohl auf eine Einwilligung als auch auf einen gesetzlichen Verarbeitungstatbestand stützen, so ist auf größtmögliche Transparenz zu achten, um der betroffenen Person eine informierte, freiwillige Entscheidung zu ermöglichen (siehe Rn. 70, Rn. 92).
- 27** Unzulässig sind Einwilligungen schließlich regelmäßig auch dann, wenn die Anwendung eines im Grunde einschlägigen gesetzlichen Verarbeitungstatbestands an einem Grundsatz der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 5 Abs. 1 DSGVO) scheitert. Ist die Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt auf einen gesetzlichen Verarbeitungstatbestand etwa nicht erforderlich, so wird sie nicht dadurch erforderlich, dass der Verantwortliche nunmehr eine Einwilligung einholen möchte. Auch insoweit bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen wie dem Grundsatz der Datenminimierung gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. c DSGVO. Eine Überspielung allgemeiner Grundsätze der Verarbeitung personenbezogener Daten ist durch die Einholung von Einwilligungen nicht möglich.<sup>5</sup> Zwingende gesetzliche Vorgaben etwa zur Gewährleistung der Datensicherheit beziehungsweise zum technischen- und organisatorischen Datenschutz (vgl. Art. 32 ff. DSGVO) können durch die Einholung einer Einwilligung nicht abgeschwächt oder gar abbedungen werden.

### 3. Einwilligung und Zustimmung

- 28** Von der Einwilligung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO zu unterscheiden ist die in der Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Strafjustiz erwähnte Zustimmung. Erwägungsgrund 35 RLDSJ geht davon aus, dass im Bereich präventiv- und repressiv-polizeilicher Tätigkeit eine Einwilligung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung regelmäßig mangels Freiwilligkeit der betroffenen Person keine taugliche Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt. Denn eine Person, die zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung aufgefordert wird, hat keine echte Wahlfreiheit. Gleichwohl kann durch Rechtsvorschrift vorgesehen werden, dass die betroffene Person der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die Zwecke der Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Strafjustiz zustimmen kann, beispielsweise im Falle von DNA-Tests in strafrechtlichen Ermittlungen oder zur Überwachung ihres Aufenthaltsorts mittels elektronischer Fußfessel zur Strafvollstreckung.
- 29** Der bayerische Gesetzgeber hat diese Möglichkeit in Art. 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Polizeiaufgabengesetz (PAG) aufgegriffen und Modalitäten einer Zustimmung für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten geregelt. Anders als die Einwilligung hat die

<sup>5</sup> Vgl. Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 5/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 6 Rn. 5.

### 3. Einwilligung und Zustimmung

Zustimmung keine normersetzende Legitimationswirkung, sondern erhöht den legitimatorischen Gehalt gesetzlicher Verarbeitungsbefugnisse durch die persönliche Bestätigung der betroffenen Person.<sup>6</sup>

Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BayDSG sieht ein schriftliches Zustimmungserfordernis für polizeiliche Ermittlungspersonen für die Abgabe der eigenen DNA zur Aufnahme in eine Trugspurendatenbank vor. Eine echte Freiwilligkeit im Sinne einer Wahlfreiheit, wie sie die Einwilligung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung erfordert, würde mit Blick auf den beruflichen Druck mitunter gar nicht bestehen können, so dass das Gesetz „nur“ eine Zustimmung der betroffenen Person verlangt, deren Wirksamkeit weniger strengen Anforderungen genügen muss als eine Einwilligung.<sup>7</sup>

**30**

<sup>6</sup> Petri, in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Stand: 8/2020, Art. 30 PAG Rn. 20.

<sup>7</sup> Vgl. Schwabenbauer, in: Wilde u. a., Datenschutz in Bayern, Stand 11/2018, Art. 29 BayDSG Rn. 20.

## IV. Die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten

### 1. Einwilligende Person

- 31** Nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO ist die betroffene Person berufen, in eine Verarbeitung ihrer eigenen personenbezogenen Daten einzuwilligen. Welche Anforderungen an die einwilligende Person zu stellen sind, regelt die Datenschutz-Grundverordnung nicht abschließend. Lediglich Art. 8 DSGVO enthält zusätzliche Regelungen für Einwilligungen von Kindern, die noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet haben, in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft.

#### a) Einwilligungsfähigkeit

- 32** Allgemeine Vorgaben zur Einwilligungsfähigkeit der betroffenen Person formuliert die Datenschutz-Grundverordnung nicht explizit. Indirekt lässt sich Art. 8 DSGVO entnehmen, dass nicht jede natürliche Person in jeder Situation einwilligungsfähig ist. Weitgehend wird zur Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit auf die geistige Einsichtsfähigkeit der betroffenen Person und nicht etwa auf zivilrechtliche Regelungen zur Geschäftsfähigkeit zurückgegriffen. Die betroffene Person muss in der Lage sein, die Tragweite ihres Handelns und somit auch die Konsequenzen einer Einwilligung abschätzen zu können.

#### aa) Minderjährige

- 33** Ob diese Einsichtsfähigkeit etwa bei Minderjährigen gegeben ist, wird einzelfallbezogen beurteilt. Jugendliche erlangen mit einem gewissen Alter die Fähigkeit, Bedeutung und Folgen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zu überschauen. Dann können sie selbst allein eine entsprechende Erklärung abgeben – einer Mitwirkung ihrer Erziehungsberechtigten bedarf es dann nicht mehr. Ab welchem Alter diese Einsichtsfähigkeit vorliegt, kann nur für jede Person und jede konkrete Einwilligungssituation individuell beurteilt werden; in der Regel dürfte sie bei einfachen Sachverhalten ab einem Alter von 14 Jahren gegeben sein.
- 34** Im Anwendungsbereich des Sozialgesetzbuches kann grundsätzlich ab Vollendung des 15. Lebensjahres das Vorliegen der notwendigen Einsichtsfähigkeit angenommen werden, da davon auszugehen ist, dass der gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 Erstes Buch Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – im Sozialrechtsverhältnis handlungsfähige auch ausreichend einsichts- und urteilsfähig ist.
- 35** Besonderheiten sind bei Verarbeitungen im Bereich der bayerischen öffentlichen Schulen zu beachten: Während bei Schülerinnen und Schülern unter 14 Jahren – wie sonst auch – die Eltern einwilligen müssen, ist bei minderjährigen Schülerinnen und Schülern ab 14 Jahren bis zur Volljährigkeit eine kumulative Einwilligung der Eltern und der Schülerinnen und Schüler

## 1. Einwilligende Person

erforderlich. Diese Handhabung, die auf einer Einbindung der Erziehungsberechtigten besteht, gründet im Bayerischen Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG). Im Schulrecht sind bei minderjährigen Schülerinnen und Schülern grundsätzlich die Erziehungsberechtigten die Ansprechpartner der Schulleitung. Zahlreiche Normen des Schulrechts weisen den Eltern eine Entscheidungsbefugnis zu (vgl. etwa Art. 74 Abs. 1 BayEUG, Art. 75 BayEUG). Dementsprechend wurde in Anlage 2 zur Bayerischen Schulordnung (BaySchO) unter anderem bestimmt, dass bei Minderjährigen ab Vollendung des 14. Lebensjahres diese selbst und die Erziehungsberechtigten wirksam einzuwilligen haben.

Art. 8 Abs. 1 DSGVO enthält eine Spezialregelung für Einwilligungen bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird. Ein Dienst der Informationsgesellschaft wird gemäß Art. 4 Nr. 25 DSGVO definiert als Dienstleistung im Sinne des Art. 1 Nr. 1 Buchst. b der Richtlinie (EU) 2015/1535.<sup>8</sup> Demnach bezeichnet „Dienst“ eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, also jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Gemeint sind insbesondere Online-Angebote wie beispielsweise Verkaufs- oder Nachrichtenportale, Suchmaschinen, Social Media-Dienste, Video on Demand-Dienste oder individuell abrufbare Online-Mediatheken.<sup>9</sup>

36

Bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird, ist die Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Kindes im Rahmen einer Einwilligung gemäß Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 DSGVO rechtmäßig, wenn das Kind das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat. Die Datenschutz-Grundverordnung regelt die Einsichtsfähigkeit von Kindern somit nicht generell, sondern nur in Bezug auf Onlinedienste.

37

Hat das Kind noch nicht das sechzehnte Lebensjahr vollendet, so ist diese Verarbeitung nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 DSGVO nur rechtmäßig, sofern und soweit diese Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wird. Wer Träger der elterlichen Verantwortung ist, ist dem mitgliedstaatlichen Recht zu entnehmen. Im Grundsatz sind dies die Eltern, vgl. § 1626 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Die Formulierung lässt aber auch Raum für sorgerechtliche Besonderheiten, etwa im Fall einer Pflegschaft (vgl. § 1909 BGB) oder Vormundschaft (vgl. §§ 1773 ff. BGB). Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 DSGVO eröffnet zwei Möglichkeiten einer wirksamen Einwilligung: Entweder willigt der Träger der elterlichen Verantwortung direkt gegenüber dem Verantwortlichen ein oder das Kind erteilt die Einwilligung unter Zustimmung des Trägers der elterlichen Verantwortung. Der Zeitpunkt der gegenüber dem Kind erteilten elterlichen Zustimmung ist nicht explizit geregelt. Die elterliche Zustimmung muss jedenfalls zeitlich vor der Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Minderjährigen vorliegen. Gegen eine Zustimmung, die erst nach erfolgter Einwilligung erteilt wird („schwebend unwirksame Einwilligung“), sprechen keine datenschutzrechtlichen Bedenken, solange mit der Verarbeitung personenbezogener Daten noch nicht begonnen wurde.

38

<sup>8</sup> Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (ABl. L 241 vom 17. September 2015, S. 1).

<sup>9</sup> Kampert, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 269 f.

#### IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

- 39** Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO ermöglicht den Mitgliedstaaten, durch Rechtsvorschriften eine niedrigere Altersgrenze vorzusehen, die jedoch nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf. Außerhalb dieser speziellen Regelung ist auf die allgemeinen Regelungen zur Einsichtsfähigkeit zurückzugreifen. Insoweit bleibt Raum für mitgliedstaatliche Besonderheiten.

#### bb) Einwilligungsunfähige Volljährige

- 40** Es ist sachgerecht, dass auch in anderen Fällen fehlender Einwilligungsfähigkeit eine Vertretungslösung angestrebt wird. Denn sonst würden etwa Volljährige, denen auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die notwendige Einsichts- und somit auch Einwilligungsfähigkeit fehlt, von der Möglichkeit, über ihr Datenschutzgrundrecht zu verfügen, ausgeschlossen.
- 41** Anstelle des einwilligungsunfähigen Volljährigen ist in diesen Fällen auf den Betreuer (§§ 1896 ff. BGB) abzustellen.<sup>10</sup> Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters muss selbst alle (sonstigen) Anforderungen einer wirksamen Einwilligung erfüllen.
- 42** Ob in Zweifelsfällen von der notwendigen Einsichts- und damit Einwilligungsfähigkeit eines Volljährigen auszugehen ist, ist – vergleichbar mit der altersbedingten Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger – individuell zu beurteilen. Für diese Problematik sollten besonders Einrichtungen sensibilisiert sein, in denen sich vermehrt potentiell betroffene Personen aufhalten, etwa psychiatrische Kliniken. Sollten sich Zweifel an der Einsichtsfähigkeit einer Person ergeben, so hat die öffentliche Stelle aufgrund ihrer Nachweis- (Art. 7 Abs. 1 DSGVO) und Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) diese Zweifel auszuräumen. Nicht die persönliche Einschätzung der jeweiligen sachbearbeitenden Person, sondern die objektive Lage ist dabei maßgeblich. Fortbestehende Zweifel an der Einsichtsfähigkeit müssen letztlich immer zur Herbeiführung einer rechtssicheren Tatsachenbasis führen.

#### b) Stellvertretung

- 43** Während die Überbringung einer (fremden) Einwilligung durch einen Boten ebenso wie die Einwilligung durch gesetzliche Vertreter grundsätzlich anerkannt ist, ist die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung (etwa einer anwaltlichen Vertretung) zur Einwilligung nicht abschließend geklärt.
- 44** Lässt man die Möglichkeit der gesetzlichen Vertretung bei der Einwilligung auch außerhalb des unionsrechtlich geregelten Art. 8 Abs. 1 DSGVO zu – also etwa im Fall der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger außerhalb des in Art. 8 Abs. 1 DSGVO geregelten Spezialfalls oder im Fall der nicht ausdrücklich in der Datenschutz-Grundverordnung geregelten einwilligungsunfähigen Volljährigen –, so wird man eine rechtsgeschäftliche Vertretung nicht mit dem Argument ablehnen können, das Unionsrecht kenne keine entsprechenden Regelungen.<sup>11</sup> Denn in den zuerst genannten Fällen wird man bezüglich der gesetzlichen Vertretung ebenfalls auf mitgliedstaatliches Recht zurückgreifen.

<sup>10</sup> Vgl. Amtsgericht Gießen, Beschluss vom 16. Juli 2018, 230 XVII 381/17, BeckRS 2018, 17963.

<sup>11</sup> So aber Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 37.

## 2. Formelle Anforderungen der Einwilligung

Auch wird man in der Einwilligung kein höchstpersönliches Recht, das einer Bevollmächtigung entgegensteht, sehen können.<sup>12</sup> Das Gesetz ordnet nicht ausdrücklich an, dass die Einwilligung ausschließlich von der betroffenen Person vorgenommen werden muss, wenngleich dies der in Art. 4 Nr. 11 DSGVO beschriebene gesetzliche Regelfall ist. Die Schutzmechanismen der Datenschutz-Grundverordnung können auch dann realisiert werden, wenn sich die betroffene Person einer Vertretung bedient. Anderenfalls würde die Ausübung des Datenschutzgrundrechts zu stark beschränkt. **45**

Um das Datenschutzniveau auch bei der Bevollmächtigung sicherzustellen und zu verhindern, dass die betroffene Person die Kontrolle über ihre personenbezogenen Daten verliert, müssen die Voraussetzungen, die an eine wirksame Einwilligung gestellt werden, auch auf die Vollmacht erstreckt werden. Die Vollmacht muss somit insbesondere zweckbestimmt erteilt werden, so dass eine Generalvollmacht ausscheidet; auch muss die Bevollmächtigung „in informierter Weise“ erfolgen, so dass die betroffene Person von den Rahmenbedingungen der Einwilligung Kenntnis haben muss.<sup>13</sup> **46**

Wird durch die datenschutzrechtlichen Vorgaben der Handlungsspielraum der Vertretung bei der Einwilligung demgemäß stark beschränkt, so werden Einwilligungen der Stellvertretung die Ausnahme bleiben. Denn Vertreter haben im Gegensatz zu Boten bei der Abgabe der Erklärung einen Handlungsspielraum. Ist dieser aber so stark beschränkt, dass der Vertreter keinen Einfluss auf die Modalitäten der Einwilligung nehmen kann, wird er lediglich die zuvor festgelegte Einwilligung der betroffenen Person übermitteln und daher als Bote auftreten. **47**

## 2. Formelle Anforderungen der Einwilligung

Art. 4 Nr. 11 DSGVO erfordert eine 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. **48**

### a) Formerfordernis und Beweislast

Eine allgemeine Formvorschrift etwa im Sinne von Schriftform existiert für Einwilligungen in der Datenschutz-Grundverordnung grundsätzlich nicht. Damit hat sich die Rechtslage grundlegend geändert, sah doch die Altfassung von Art. 15 Abs. 3 Satz 1 BayDSG die grundsätzliche Schriftform der Einwilligung vor, von der nur im Ausnahmefall abgewichen werden konnte. **49**

Besondere Formvorschriften enthalten heute etwa § 67b Abs. 2 Satz 1 SGB X zur Verarbeitung von Sozialdaten und § 100 Abs. 1 Satz 2 SGB X zur Einwilligung als Grundlage für die Auskunftspflicht eines Arztes oder Angehörigen eines anderen Heilberufs. Dabei handelt es **50**

<sup>12</sup> Vgl. Ingold, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 19; a. A. Ernst, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, ZD 2017, S. 110 (111).

<sup>13</sup> Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DSGVO Rn. 31.

#### IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

sich aber um Sollvorschriften, so dass Raum für Abweichungen bleibt. Die grundsätzlich zwingende Formvorgabe in § 67b Abs. 2 Satz 2 SGB X bei einer Einwilligung zur Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten findet ihre Rechtfertigung zur Abweichung von der Formfreiheit von Einwilligungen in Art. 9 Abs. 4 DSGVO.<sup>14</sup> Danach können die Mitgliedstaaten zusätzliche Bedingungen, einschließlich Beschränkungen, einführen oder aufrechterhalten, soweit die Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten betroffen ist.

- 51** Die Datenschutz-Grundverordnung geht in Erwägungsgrund 32 DSGVO davon aus, dass Einwilligungen etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung möglich sind. Beispielhaft führt Erwägungsgrund 32 DSGVO das Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite oder die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft an. Darunter wird man etwa die Vornahme technischer Einstellungen im Internetbrowser verstehen können.
- 52** Gleichwohl muss der Verantwortliche gemäß Art. 7 Abs. 1 DSGVO nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat, sofern die Verarbeitung der personenbezogenen Daten auf einer Einwilligung beruht. Folglich trägt der Verantwortliche die Beweislast, und zwar nicht nur in Bezug auf die Einwilligungserklärung selbst, sondern aufgrund der allgemeinen Rechenschaftspflicht des Art. 5 Abs. 2 DSGVO für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung und somit auch der Einwilligung insgesamt. Daher muss der Verantwortliche das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung dokumentieren. In welcher konkreten Form der Nachweis zu führen ist, lässt das Gesetz offen. Elektronische oder schriftliche Protokollierungen sollten der Regelfall sein. Der Verantwortliche hat durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Datenschutzgrundsätze, insbesondere die Rechenschaftspflicht, umgesetzt werden.<sup>15</sup>
- 53** Bei Einwilligungen in den Bezug elektronischer Newsletter empfiehlt sich die Nutzung eines sogenannten Double-Opt-in-Verfahrens. Dabei meldet sich eine interessierte Person zunächst – regelmäßig – per Webformular mit einer E-Mail-Adresse für den Bezug des Newsletters an. An diese E-Mail-Adresse sendet der Anbieter eine Kontrollmitteilung, in der um Bestätigung des Bezugswunsches gebeten wird. Erst wenn diese Bestätigung – etwa über eine entsprechende Schaltfläche oder einen Internet-Link – erteilt ist, wird die interessierte Person in die Verteilerliste aufgenommen. Auf diese Weise ist ausgeschlossen, dass der Newsletter unerwünscht „zu Lasten“ Dritter abonniert wird.
- 54** Zu beachten ist aber, dass das Double-Opt-in-Verfahren nur geeignet ist, den Zugriff auf die E-Mail-Adresse, nicht aber die Inhaberschaft des zugrunde liegenden E-Mail-Kontos zu verifizieren. Im gleichen Maße kann eine Telefonnummer – etwa über eine SMS-Kontrollmitteilung – verifiziert werden. Die Angabe einer Telefonnummer in einer Anmeldung per Double-

<sup>14</sup> Vgl. Bundesrats-Drucksache 430/18, S. 489.

<sup>15</sup> Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), Kurzpapier 20, S. 2.

## 2. Formelle Anforderungen der Einwilligung

Opt-in-Verfahren hat aber ebenfalls keine Aussagekraft über die Inhaberschaft des Telefonanschlusses.<sup>16</sup> Den Nachweis für die Einwilligung in die Verarbeitung der Telefonnummer gemäß Art. 7 Abs. 1 DSGVO kann der Verantwortliche auf diesem Wege nicht erbringen.

### b) Unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung

Die Willensbekundung, welche die Einwilligung zum Ausdruck bringt, muss unmissverständlich sein. Unmissverständlich muss zunächst sein, dass die abgegebene Erklärung überhaupt eine Einwilligung enthält; unmissverständlich muss zudem aber auch der Inhalt der Einwilligung sein.

55

#### aa) Auslegung des Erklärungsgehalts

Ob eine Erklärung überhaupt den Gehalt einer Einwilligung und ggf. welchen Inhalt sie hat, ist durch Auslegung aus objektiver Sicht zu beurteilen. Dies ist sachgerecht, weil der Verantwortliche erst dann die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten heranziehen darf, wenn sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen. Dafür trägt der Verantwortliche die Beweislast. Maßgeblich ist die im Rechtsverkehr entäußerte Erklärung, die dem Verantwortlichen jedenfalls soweit offenbart werden muss, dass er seine Dokumentationspflichten erfüllen kann. So kann beispielsweise in dem von einer Beamtin geäußerten Versetzungswunsch regelmäßig keine Einwilligung in eine Übermittlung von Personaldaten gesehen werden,<sup>17</sup> wenn sich etwa eine potenziell empfangende Stelle an die abgebende (aktuell personalverwaltende) Stelle wenden möchte.

56

Als nach außen tretende Erklärung oder sonst eindeutig bestätigende Handlung manifestiert die Einwilligung das Erklärungsbewusstsein der betroffenen Person. Bewusstlose können daher keine wirksame Einwilligung abgeben. Die Rechtsfigur der mutmaßlichen Einwilligung, bei der in solchen Fällen ein hypothetischer Wille anhand aller Umstände des Einzelfalls ermittelt wird, existiert im Datenschutzrecht nicht.

57

Beispiel 5: Ein bewusstloser Notfallpatient kann für die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch das Krankenhaus keine Einwilligung erteilen. Die Datenschutz-Grundverordnung sieht keine mutmaßliche Einwilligung vor. Eine Einwilligung kommt als Verarbeitungsgrundlage nicht in Betracht. Gleichwohl ermöglicht die Datenschutz-Grundverordnung Datenverarbeitungen auch ohne Einwilligung, soweit diese dem Schutz lebenswichtiger Interessen dienen, vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. d, Art. 9 Abs. 2 Buchst. c, Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f DSGVO.

<sup>16</sup> Verwaltungsgericht Saarland, Urteil vom 29. Oktober 2019, 1 K 732/19, BeckRS 2019, 29899.

<sup>17</sup> Vgl. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 21. Mai 2019, 17 P 18.2581, BeckRS 2019, 15935, Rn. 59.

#### IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

- 58** Etwaige Irrtümer auf Seiten der erklärenden betroffenen Person sind aus Gründen des Verkehrsschutzes unbeachtlich, wenn der Irrtum nicht erkennbar ist und sich die Erklärung/Handlung unmissverständlich aus objektiver Sicht als Einwilligung darstellt.

Beispiel 6: A „verkllickt“ sich auf der Webseite des Verantwortlichen und akzeptiert irrtümlich das Speichern von Cookies im Browser. Hier liegt aus Sicht des Verantwortlichen als objektivem Empfänger unmissverständlich eine Einwilligung vor. Die betroffene Person steht aber aufgrund der jederzeitigen Widerruflichkeit der Einwilligung gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO nicht schutzlos da.

#### bb) Aktives Handeln

- 59** Die Einwilligung setzt ein aktives Handeln voraus. Nicht ausreichend für die Annahme einer Einwilligung sollen nach Erwägungsgrund 32 DSGVO etwa Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen<sup>18</sup> oder Untätigkeit der betroffenen Person sein. Das bloße Weiternutzen eines Services wird ebenso keine Einwilligung darstellen<sup>19</sup> wie die Einräumung einer Widerspruchsmöglichkeit. Zwar können Einwilligungen auch durch technische Einstellungen in einem Internetbrowser vorgenommen werden. Eine Einwilligung – etwa in die Nutzung von Cookies – setzt aber ein aktives Handeln voraus. Nicht ausreichend dürfte eine bei der Installation bereits vorkonfigurierte Einstellung des Internetbrowsers zum erlaubten Setzen von Cookies sein, da es an einer eindeutigen bestätigenden Handlung fehlt.<sup>20</sup>

Beispiel 7: Eine Gemeinde sieht einen Informationsbesuch bei Eltern Neugeborener durch eine beim städtischen Jugendamt angestellte Kinderkrankenschwester vor. Ein derartiger Hausbesuch ist nur zulässig, wenn die Eltern nach ausreichender Information vor einem solchen Hausbesuch gegenüber dem Jugendamt einwilligen. Ein bloßes Schweigen der Eltern gegenüber dem Jugendamt reicht dafür nicht.

- 60** Vor Geltung der Datenschutz-Grundverordnung nahm der Bundesgerichtshof an, dass Einwilligungen durch vorformulierte Vertragsbedingungen grundsätzlich erteilt werden können. Die betroffene Person musste in diesen Fällen selbst aktiv tätig werden, um die Einwilligung zu versagen, etwa durch Streichen der vorformulierten Einwilligungserklärung (sogenannte Opt-out-Erklärung). Eine gesonderte Erklärung der Einwilligung etwa durch eine zusätzliche Unterschrift oder das Ankreuzen eines dafür vorgesehenen Kästchens zur positiven Abgabe der Einwilligungserklärung (sogenannte Opt-in-Erklärung) war nicht erforderlich.<sup>21</sup> Nunmehr erfordert Art. 4 Nr. 11 DSGVO eine eindeutige bestätigende Handlung der betroffenen Person. Das bloße Nichtstun reicht für eine Einwilligung nicht mehr aus, so dass der unterbliebene Widerspruch zur Einwilligungsklausel nicht als aktive Einwilligung gewertet werden kann. Vielmehr ist es nun unzulässig, wenn die betroffene Person aktiv werden müsste, um eine ihr untergeschobene Einwilligung zu verhindern (etwa durch Streichen eines Einwilligungstextes

<sup>18</sup> Vgl. Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 1. Oktober 2019, C-673/17, Rn. 65.

<sup>19</sup> DSK, Kurzpapier 20, S. 1.

<sup>20</sup> Schantz, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, S. 1841 (1844).

<sup>21</sup> Siehe etwa Bundesgerichtshof, Urteil vom 16. Juli 2008, VIII ZR 348/06, BeckRS 2008, 19691; Urteil vom 11. November 2009, VIII ZR 12/08, BeckRS 2009, 88774.

## 2. Formelle Anforderungen der Einwilligung

oder Abwählen eines bereits angekreuzten Kästchens). Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs greift diese Rechtslage auf. Im Zusammenhang mit dem Einsatz von Cookies auf Webseiten hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass keine wirksame Einwilligung mittels eines voreingestellten Ankreuzkästchens eingeholt wird, das von einer Nutzerin oder einem Nutzer zur Verweigerung der Einwilligung erst abgewählt werden muss.<sup>22</sup>

### cc) Konkludentes Handeln

Neben mündlichen und schriftlichen Erklärungen kommen auch sonstige eindeutig bestätigende Handlungen als Einwilligungen in Betracht. Somit sind Einwilligungen in Form konkludenter, schlüssiger Handlungen grundsätzlich möglich. Da die Einwilligungshandlung aber unmissverständlich und eindeutig sein muss, kann nicht jede Handlung als Einwilligung gewertet werden. Vielmehr sind der Kontext der Handlung und etwaige vorangegangene Handlungen und Erklärungen dafür entscheidend, ob einem Verhalten der für eine Einwilligung notwendige Erklärungswert zukommt. Je unspezifischer die Verhaltensweise, desto mehr wird es auf die Erklärungsumstände ankommen. Da den Verantwortlichen die Beweislast trifft, sollte er bei unspezifischen Handlungen oder Erklärungen der betroffenen Person auf eine Konkretisierung der Erklärung Wert legen.

61

**Beispiel 8:** Im bloßen Betreten eines videoüberwachten öffentlichen Platzes kann regelmäßig keine Einwilligung in die aufgrund der Videoüberwachung erfolgende Verarbeitung der personenbezogenen Daten gesehen werden. Von einem entsprechenden Erklärungswert kann selbst dann nicht ausgegangen werden, wenn die betroffene Person etwa aufgrund Beschilderungen weiß, dass der Platz überwacht wird. Das Unterlassen eines ausdrücklichen Protests kann nicht mit einer Einwilligungserklärung gleichgesetzt werden.<sup>23</sup> Eine Videoüberwachung durch bayerische öffentliche Stellen kann insoweit nicht mittels konkludenter Einwilligung betroffener Personen legitimiert werden. Vielmehr muss sich die überwachende Stelle auf eine spezialgesetzliche Befugnis wie etwa Art. 24 BayDSG oder Art. 33 und 36 PAG stützen können.

### dd) Sonderfall: Ausdrückliche Einwilligungen

„Unmissverständlich“ ist nicht mit „ausdrücklich“ zu verwechseln. Während Einwilligungen immer unmissverständlich sein müssen, erfordert das Gesetz ausdrückliche Einwilligungen nur in einigen wenigen Ausnahmefällen, etwa bei Einwilligungen in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO, bei Einwilligungen in automatisierte Entscheidungen im Einzelfall gemäß Art. 22 Abs. 2 Buchst. c DSGVO oder im Ausnahmefall der Datenübermittlung ins Ausland gemäß Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO. Für ausdrückliche Einwilligungen in diesem Sinne reichen konkludente Handlungen nicht aus.<sup>24</sup> In der ausdrücklichen Erklärung muss auch Bezug auf die jeweils besondere Verarbeitung genommen werden.

62

<sup>22</sup> Bundesgerichtshof, Urteil vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16, NJW 2020, S. 2540 (2545 f.).

<sup>23</sup> Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 23. Februar 2007, 1 BvR 2368/06, BeckRS 2007, 22066; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. März 2019, 6 C 2.18, BeckRS 2019, 9874.

<sup>24</sup> Vgl. DSK, Kurzpapier 20, S. 3.

## IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

### c) Zeitpunkt der Einwilligung

- 63** Die Einwilligung muss wirksam sein, bevor der Verantwortliche mit der Datenverarbeitung beginnt. Die rückwirkende Genehmigung einer rechtsgrundlosen Datenverarbeitung ist nicht möglich. Die öffentliche Stelle muss sich von Beginn an versichern, dass sie die Verarbeitung der personenbezogenen Daten auf eine Rechtsgrundlage stützen kann. Im Falle der Einwilligung müssen sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein, bevor mit der Datenverarbeitung begonnen wird. Hierzu gehören auch etwa erforderliche elterliche Zustimmungen (siehe Rn. 33 ff.).

### d) Adressat der Einwilligungserklärung

- 64** Die Datenschutz-Grundverordnung enthält keine Regelung, wem gegenüber die Einwilligung erklärt werden muss und ob bei dem Erklärungszugang selbst formelle Voraussetzungen erfüllt werden müssen. Adressat der Einwilligungserklärung ist der Verantwortliche, den die Beweislast für die (wirksame) Einwilligung trifft. Selbstverständlich wird der Verantwortliche nicht immer höchstselbst der betroffenen Person gegenübertreten, sondern sich oftmals vertreten lassen. Juristische Personen oder Personengesellschaften müssen zwangsläufig auf natürliche Personen als Vertreter oder Boten auf Empfängerseite zurückgreifen. Auf Seiten einer Behörde als verantwortlicher Stelle handeln die Behördenleitung und im Rahmen ihrer Zuständigkeit und der vermittelten Vertretungsbefugnis die jeweils vertretungsbefugten Bediensteten. Wird auf Seiten der betroffenen Person auf gesetzliche Regelungen zur Stellvertretung bei der Einwilligungserklärung zurückgegriffen (siehe Rn. 43 ff.), so ist nicht ersichtlich, weshalb auf Empfängerseite ein Rückgriff verwehrt bleiben sollte.

## 3. Inhaltliche Anforderungen der Einwilligung

- 65** Art. 4 Nr. 11 DSGVO bestimmt, dass die Einwilligung freiwillig für den bestimmten Fall und in informierter Weise erteilt werden muss. Aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO ergibt sich zusätzlich, dass sich die Einwilligung auf einen oder mehrere bestimmte Zwecke der Verarbeitung der personenbezogenen Daten beziehen muss.
- 66** Die inhaltlichen Anforderungen bedingen sich mitunter gegenseitig. Einen freien Willensentschluss wird die betroffene Person nur bilden können, wenn sie ausreichend informiert ist. Informiert wird sie aber auch nur sein, wenn sie weiß, auf welche bestimmten Fälle sich die Einwilligung beziehen soll.

### a) Freiwillig

- 67** Die Einwilligung muss freiwillig sein, sie setzt einen freien Willensentschluss voraus. Die Freiwilligkeit ist eine der wichtigsten, aber regelmäßig problematischen Anforderungen an eine Einwilligung.
- 68** Eine abschließende Definition der Freiwilligkeit enthält die Datenschutz-Grundverordnung nicht. Erwägungsgrund 42 DSGVO führt dazu aus, dass die betroffene Person eine echte oder

### 3. Inhaltliche Anforderungen der Einwilligung

freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Bestehende Handlungsalternativen rücken insoweit in den Vordergrund.

**Beispiel 9:** Eine öffentliche Stelle nimmt Stellenbewerbungen nur über ein Stellenbewer-  
bungsportal entgegen. Hierzu müssen sich Bewerberinnen und Bewerber mit personenbe-  
zogenen Daten im Portal registrieren, um ihre Bewerbungsunterlagen hochladen zu können.  
Die Praxis, Bewerbungen allein über ein Bewerbungsportal entgegenzunehmen, führt zu ei-  
nem faktischen Benutzungszwang. Hinzu kommt ein psychischer Druck aufgrund der Bewer-  
bungssituation und des Machtungleichgewichts im Verhältnis zum potentiellen Arbeitge-  
ber/Dienstherrn (dazu sogleich). Dies kann die Freiwilligkeit im Rahmen des Bewerbungs-  
verfahrens erteilter Einwilligungen ausschließen. Die öffentliche Stelle könnte alternative Be-  
werbungsformen zulassen, um eine freie Wahl der Bewerberinnen und Bewerber sicherzu-  
stellen.

In der Datenschutzpraxis haben sich Fallgruppen zum Ausschluss der Freiwilligkeit gebildet. Diese sind zum Teil in Erwägungsgrund 43 DSGVO und Art. 7 Abs. 4 DSGVO abgebildet. Allgemein ist die Freiwilligkeit insbesondere dann ausgeschlossen, wenn die betroffene Person keine wirkliche Wahl hat, sich zur Einwilligung gedrängt fühlt, oder wenn die Einwilligung ein nicht verhandelbarer Teil von Geschäftsbedingungen ist.<sup>25</sup>

69

Ausgeschlossen soll die Freiwilligkeit grundsätzlich in Zwangs- und Irrtumssituationen sein. Zwangssituationen können etwa entstehen, wenn die betroffene Person überrumpelt oder mit Nachteilen bei verweigerter Einwilligung bedroht wird oder wenn eine Notlage ausgenutzt wird.<sup>26</sup> Eine vergleichbare Situation kann entstehen, wenn ein Einwilligungsempfänger davon profitiert, dass sich die betroffene Person zur Abgabe der Einwilligung sozial verpflichtet fühlt; diese Situation tritt häufig im Zusammenhang mit Abhängigkeitsverhältnissen auf. Eine Irrtumssituation kann etwa behördliche Befugnisse betreffen. So kann die Freiwilligkeit zweifelhaft sein, wenn die betroffene Person der Fehlvorstellung unterliegt, dass einer Behörde tatsächlich vorhandene Verarbeitungsbefugnisse nicht zukämen und diese erst – gar zugunsten der betroffenen Person – nach einer Einwilligung tätig werden könne,<sup>27</sup> oder dass eine (rechtliche) Verpflichtung bestehe, eine Einwilligung zu erteilen. Dies gilt erst recht, wenn die öffentliche Stelle entsprechende Fehlvorstellungen hervorruft.

70

#### aa) Machtungleichgewicht

Nach Erwägungsgrund 43 DSGVO soll eine Einwilligung keine taugliche Rechtsgrundlage darstellen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Un-  
gleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Be-

71

<sup>25</sup> Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 5/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 8 Rn. 13.

<sup>26</sup> Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 5/2021, Art. 7 DSGVO Rn. 38.

<sup>27</sup> Vgl. Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 7 DSGVO Rn. 19; Ingold, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 29.

#### IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

hörde handelt und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde. Im öffentlichen Bereich kommt die Einwilligung daher nur in Ausnahmefällen als Rechtsgrundlage in Betracht.

- 72** Ein Machtungleichgewicht muss sich als ein „klares Ungleichgewicht“ darstellen; kleinere machtbezogene Unterschiede zwischen einer betroffenen Person und dem Verantwortlichen sind in der jeweiligen Situation unerheblich. Das Ungleichgewicht kann sich daraus ergeben, dass eine Behörde in der Eingriffsverwaltung einem Bürger in einem Über-Unterordnungs-Verhältnis begegnet.
- 73** Ein Ungleichgewicht kann aber auch aufgrund von Abhängigkeiten im Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie Dienstherrn und Beamten vorliegen. Hier steht entweder ein einzelner Beschäftigter einer (großen) Organisationsstruktur gegenüber. Die betroffene Person sieht sich dabei oftmals dem faktischen Druck des „Wohlerhaltens“ im Hinblick auf den Erhalt oder die Sicherung des Arbeitsplatzes ausgesetzt. Oder es ist eine Gruppe von Beschäftigten betroffen. Dies kann bei dem Einzelnen einen zusätzlichen Gruppendruck auslösen, wenn er erfährt, dass Kolleginnen und Kollegen die gewünschte Einwilligung dem Dienstherrn oder Arbeitgeber vermeintlich bereitwillig erteilt haben.

**Beispiel 10:** Eine Gemeinde möchte sich bürgerfreundlich präsentieren und beschließt, personenbezogene Daten (Name, Aufgabengebiet, Telefonnummer, Foto) sämtlicher Beschäftigter auf der gemeindeeigenen Webseite zu veröffentlichen. Als Grundlage für die Verarbeitung der Daten sollen die Beschäftigten Einwilligungen abgeben. Weil es in der Gemeindeverwaltung ein ausgeprägtes „Wir-Gefühl“ gibt, machen die meisten gerne mit. Das Machtungleichgewicht im Beschäftigtenverhältnis kann hier durch den Gruppendruck auf „öffentlichkeitsscheuere“ Beschäftigte noch verstärkt werden, so dass die Gemeinde auf die Einholung von Einwilligungen verzichten sollte. Ausreichend sollte die personalrechtlich auf das jeweils Erforderliche beschränkte Möglichkeit der Gemeinde sein, dienstliche Kommunikationsdaten (etwa Name, Telefonnummer, E-Mail-Adresse) von solchen Bediensteten zu veröffentlichen, die bei der Gemeinde eine Funktion mit Außenwirkung wahrnehmen.

- 74** Für viele Fälle der Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis kann und sollte aufgrund der Natur des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten sowie Dienstherrn und Beamten nicht die Einwilligung als Rechtsgrundlage fungieren.<sup>28</sup> Ihr kommt im Beschäftigungsverhältnis allenfalls eine die gesetzlichen Verarbeitungsbefugnisse flankierende Bedeutung zu.
- 75** Ein Ungleichgewicht reicht für sich genommen noch nicht aus, um den freien Willen der einwilligenden Person auszuschließen. Nach Erwägungsgrund 43 DSGVO kommt es außerdem auf die „Umstände in dem speziellen Fall“ an. Hat man in einem ersten Schritt ein Ungleichgewicht festgestellt, so ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob sich das Ungleichgewicht im Ergebnis dahingehend ausgewirkt hat, dass die Einwilligung nicht freiwillig abgegeben wurde („deshalb in Anbetracht aller Umstände“), ob sich also die fehlende Freiwilligkeit bei der Einwilligung auf das Machtungleichgewicht zurückführen lässt. Eine Einwilligung kann

<sup>28</sup> Vgl. Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 5/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 10 Rn. 21 ff.

### 3. Inhaltliche Anforderungen der Einwilligung

also trotz Ungleichgewichts wirksam sein, wenn dieses für den Willensentschluss der betroffenen Person unerheblich ist, etwa weil die Verarbeitung im Interesse der betroffenen Person liegt oder sie keine Nachteile befürchten muss, wenn sie die Einwilligung verweigert.<sup>29</sup>

**Beispiel 11:**<sup>30</sup> Die Nutzung eines Mitarbeiterparkplatzes setzt die Offenbarung des Kfz-Nummernschildes voraus, damit die öffentliche Stelle die Zugangsberechtigung kontrollieren und im Falle etwaiger Schäden den Kfz-Halter ermitteln kann. Ob Beschäftigte dieses Angebot annehmen und entsprechende Einwilligungen erteilen, liegt allein bei ihnen. Etwaige Nachteile bei der Nichtnutzung müssen sie nicht fürchten.

Ein Machtgefälle zwischen öffentlicher Stelle einerseits sowie Bürgerinnen und Bürgern andererseits kann sich nicht nur im Bereich der Eingriffsverwaltung realisieren. Im Bereich der Leistungsverwaltung wird eine Machtungleichheit dann bestehen können, wenn Bürgerinnen und Bürger auf die Leistung angewiesen sind (etwa bei Sozialleistungen, um den Lebens- oder Gesundheitsbedarf zu decken).<sup>31</sup>

76

Aufgrund der allgemeinen Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) muss die öffentliche Stelle im Zweifel nachweisen können, dass sich ein Machtungleichgewicht nicht in der Einwilligungsentscheidung realisiert hat. Dies dürfte in vielen Fällen praktisch kaum möglich sein, so dass Einwilligungen bei offenkundigen Machtgefällen auch aus diesem Grund die Ausnahme bleiben sollten.

77

Besonders problematisch ist es, wenn neben ein strukturelles Ungleichgewicht eine zusätzliche Spannung tritt, etwa wenn der Arbeitgeber der betroffenen Person aufgrund längerer Erkrankung ein Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) im Sinne von § 167 Abs. 2 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen – (SGB IX) anbietet.<sup>32</sup> Die gesetzliche Verpflichtung, zumindest die Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements anzubieten, darf bei der betroffenen Person nicht zu einem inneren Zwang führen. Hinzu kommt, dass im Falle der Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements regelmäßig Gesundheitsdaten verarbeitet werden und dementsprechend Themen zu Gesundheitszustand und Wiedereingliederung zur Sprache kommen, was regelmäßig einen sensiblen Umgang erfordert. Daher ist in allen Stadien eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements die betroffene Person umfassend zu informieren, so dass sie freiwillige Entscheidungen treffen kann, etwa soweit Gespräche im Betrieblichen Eingliederungsmanagement protokolliert werden sollen.

78

**Hinweis:** Im bayerischen staatlichen Bereich sind bei einem Betrieblichen Eingliederungsmanagement nur die BEM-Grunddaten, also das Angebot, ein Betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, das Einverständnis beziehungsweise die Ablehnung der oder des Bediensteten und gegebenenfalls – soweit es sich hierbei um Personalaktendaten im Sinne des § 50 Satz 2 BeamStG handelt – die Maßnahmen, die aufgrund des Betrieblichen

79

<sup>29</sup> Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 5/2021, Art. 7 DSGVO Rn. 50.

<sup>30</sup> Vgl. Ingold, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 28.

<sup>31</sup> Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 5/2021, Art. 7 DSGVO Rn. 51.

<sup>32</sup> Zu den datenschutzrechtlichen Voraussetzungen eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements vgl. Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, 25. Tätigkeitsbericht 2012, Nr. 11.2, 26. Tätigkeitsbericht 2014, Nr. 11.3 und 27. Tätigkeitsbericht 2016, Nr. 11.3.

#### IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

Eingliederungsmanagements erfolgten, in die Personalakte aufzunehmen. Jede weitere Dokumentation setzt die ausdrückliche schriftliche Zustimmung der oder des Bediensteten voraus. Soweit es sich bei der anfallenden Dokumentation nicht um Personalaktendaten handelt, ist diese in einer vor unberechtigtem Zugriff besonders zu schützenden und in jedem Fall in der Behörde verbleibenden Sachakte zu führen.<sup>33</sup>

#### bb) Koppelungsverbot

- 80** Eine gesetzliche Regelung zum Ausschluss der Freiwilligkeit enthält Art. 7 Abs. 4 DSGVO mit dem sogenannten „Koppelungsverbot“. Bei der Beurteilung der Freiwilligkeit kommt es demnach darauf an, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.
- 81** Zu prüfen ist gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO zunächst, ob die Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung erforderlich ist. Ist dies nicht der Fall, so ist die Freiwilligkeit nicht automatisch ausgeschlossen. Vielmehr muss diesem „Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden“, so dass sich insoweit Raum für eine Abwägung im Einzelfall ergibt. Erwägungsgrund 43 DSGVO lässt dabei aber die Tendenz („die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt“) erkennen, dass der Ausschluss der Freiwilligkeit die regelmäßige Folge eines Verstoßes gegen das Koppelungsverbot sein wird. Daraus wird mitunter gefolgert, dass die Koppelung grundsätzlich die Freiwilligkeit der Einwilligung ausschließt, sofern sich nicht im Einzelfall etwas anderes ergibt.<sup>34</sup>
- 82** Bei der Einzelfallprüfung kann auch zu berücksichtigen sein, wie sehr die betroffene Person auf die vertragliche Leistung angewiesen ist und ob es Ausweichmöglichkeiten, insbesondere alternative Angebote, gibt. Aufgrund der gesetzlich festgelegten Zuständigkeiten von Behörden und anderen öffentlichen Stellen tritt die betroffene Person hier einer besonders „marktmächtigen“ Stelle gegenüber, weil ein Ausweichen auf eine andere Behörde mangels Zuständigkeit regelmäßig nicht möglich ist. Folglich wird die Einzelfallprüfung bei Verstößen gegen das Koppelungsverbot regelmäßig zum Ausschluss der Freiwilligkeit der Einwilligung im öffentlichen Bereich führen.
- 83** Für öffentliche Stellen besitzt das Koppelungsverbot unmittelbar Relevanz, sofern die öffentliche Stelle privatrechtliche Verträge schließt, etwa im Bereich des Verwaltungsprivatrechts oder fiskalischer Tätigkeiten.

Beispiel 12: Die Stadt S. hat ihre Stadtwerke in die „100-Prozent-Tochter“ Stadtwerke S. GmbH privatisiert, welche unter anderem eine Wasserversorgungsanlage betreibt. Möchte ein Kunde Wasser von der Stadtwerke S. GmbH beziehen, so verlangt die Stadtwerke S. GmbH bei Abschluss des Vertrags die Einwilligung in die Datenweitergabe an Dritte zu Werbezwecken. Dies ist ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot.

- 84** Ob und inwiefern das Koppelungsverbot auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen im Sinne von Art. 54 ff. Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz oder im Bereich der gesetzlichen

<sup>33</sup> Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, 25. Tätigkeitsbericht 2012, Nr. 11.2.1.

<sup>34</sup> Vgl. Oberster Gerichtshof (Österreich), Urteil vom 31. August 2018, 6 Ob 140/18, BeckRS 2018, 30960, Rn. 46.

### 3. Inhaltliche Anforderungen der Einwilligung

Leistungsverwaltung zur Anwendung kommen kann, ist nicht abschließend geklärt. Jedenfalls kann grundsätzlich auf die allgemeinen Erwägungen zur Freiwilligkeit zurückgegriffen werden, sofern die Erfüllung von Leistungspflichten an Einwilligungen in die Verarbeitung nicht erforderlicher personenbezogener Daten gekoppelt wird.

Wenn ein Verantwortlicher personenbezogene Daten verarbeiten möchte, die tatsächlich für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich sind, ist die Einwilligung nicht die geeignete Rechtsgrundlage.<sup>35</sup> In Betracht kommt Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. b DSGVO. **85**

Grundsätzlich muss die Möglichkeit bestehen, in verschiedene Verarbeitungsvorgänge getrennt einzuwilligen. Wird dies nicht, sondern stattdessen nur eine (gegebenenfalls überschießende) pauschale Einwilligung ermöglicht, so kann auch dies die Freiwilligkeit der Einwilligung ausschließen, vgl. Erwägungsgrund 43 DSGVO. Maßgeblich ist insoweit, ob im Einzelfall gesonderte Einwilligungen angebracht sind. Auch wenn der Verantwortliche mit der Datenverarbeitung mehrere Zwecke verfolgt, muss er versuchen, gesonderte Einwilligungen für jeden Zweck einzuholen.<sup>36</sup> **86**

#### b) Für den bestimmten Fall

Die Einwilligung muss sich gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO auf den „bestimmten Fall“ beziehen. Gemeint ist damit die konkrete Datenverarbeitung.<sup>37</sup> Inhaltlich bestimmt sein müssen der Verantwortliche (Art. 4 Nr. 7 DSGVO), die zu verarbeitenden personenbezogenen Daten (Art. 4 Nr. 1 DSGVO), die Art der Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) und gegebenenfalls weitere Datenempfänger (Art. 4 Nr. 9 DSGVO).<sup>38</sup> Auch der Zweck der Verarbeitung der personenbezogenen Daten kann als Teil der Bestimmtheit verstanden werden,<sup>39</sup> wengleich dieses Merkmal in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO gesondert aufgeführt wird (siehe Rn. 101 ff.). **87**

Der Erklärungsinhalt muss sich auf diese Bestandteile beziehen. Bei konkludenten Handlungen müssen jedenfalls die Begleitumstände den jeweils bestimmten Fall zum Ausdruck bringen. Ob sich die Erklärung auf einen bestimmten Fall bezieht, ist objektiv durch Auslegung der Erklärungshandlung zu ermitteln. Dabei ist zu berücksichtigen, welche Informationen der betroffenen Person zur Verfügung gestellt wurden, also ob die Einwilligung auch „in informierter Weise“ erfolgte. Nur eine entsprechend informierte betroffene Person vermag die Reichweite der Erklärung zu überblicken und kann eine Erklärung abgeben, die „den bestimmten Fall“ vollständig erfasst. Ein Mangel der Informiertheit kann daher auch in einen Mangel der Erklärung für den bestimmten Fall durchschlagen, wengleich dies nicht zwingend ist. **88**

<sup>35</sup> Vgl. Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 5/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 12 Rn. 31.

<sup>36</sup> Vgl. Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 5/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 14 Rn. 44.

<sup>37</sup> Vgl. Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 1. Oktober 2019, C-673/17, Rn. 58, 60.

<sup>38</sup> Vgl. Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 68.

<sup>39</sup> Vgl. Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 5/2021, Art. 7 DSGVO Rn. 75.

#### IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

- 89** Unzulässig sind „Blankoeinwilligungen“, die sich auf unbestimmte Fälle von Verarbeitungen personenbezogener Daten beziehen und die betroffene Person über die Reichweite der Einwilligung im Unklaren lassen.<sup>40</sup> Wie konkret die Einwilligung im Einzelfall gefasst sein muss, hängt von der mit der Verarbeitung verbundenen Persönlichkeitsgefährdung ab. Je größer die verarbeitungsbedingten Risiken für die Rechte des Einzelnen ausfallen, umso detailliertere Anforderungen sind an Inhalt, Zweck und Ausmaß der Einwilligung zu stellen.<sup>41</sup>
- 90** Bei der Gestaltung eines Einwilligungsformulars sollte daher immer darauf geachtet werden, dass die entsprechende Erklärung – und die für sie erteilten Informationen (siehe noch Rn. 91 ff.) – alle geplanten Verarbeitungen erfasst. Stellt sich heraus, dass der Text insofern unzureichend ist, dürfen nicht berücksichtigte Verarbeitungen nur durchgeführt werden, wenn eine ergänzende Einwilligung eingeholt wird oder eine andere Rechtsgrundlage zur Verfügung steht.

#### c) In informierter Weise

- 91** Die betroffene Person muss die Einwilligung in informierter Weise treffen. Welche Umstände und Informationen der betroffenen Person dazu genau bekannt sein müssen, regelt die Datenschutz-Grundverordnung nicht ausdrücklich. Erwägungsgrund 42 DSGVO geht davon aus, dass für eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage der betroffenen Person mindestens bekannt sein muss, wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen.
- 92** Die bloße Kenntnis dieser beiden Umstände reicht aber noch nicht für eine informierte Einwilligung aus. So erfordert eine informierte Einwilligung auch die Kenntnis über die zu verarbeitenden personenbezogenen Daten, über das Widerrufsrecht (vgl. Art. 7 Abs. 3 DSGVO) sowie gegebenenfalls über die Absicht einer ausschließlich automatisierten Entscheidung (Art. 22 Abs. 2 Buchst. c DSGVO) oder einer Datenübermittlung in Drittländer (Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO).<sup>42</sup> Auch Informationen über eventuell mehrere (gemeinsame) Verantwortliche oder weitere Datenempfänger sollten der betroffenen Person zur Verfügung stehen. Auch sollte sie über die Freiwilligkeit der abzugebenden Einwilligung und darüber, dass ihr durch eine Ablehnung der Einwilligung keinerlei Nachteile entstehen, informiert werden, um etwaigen Fehlvorstellungen vorzubeugen. Soll die Verarbeitung der personenbezogenen Daten kumulativ auf einen gesetzlichen Verarbeitungstatbestand gestützt werden, so ist die betroffene Person auch darauf hinzuweisen, um die Signifikanz ihrer Einwilligung richtig einschätzen zu können.<sup>43</sup> Soweit eine Einschätzung möglich ist, sollte über die Dauer der Datenverarbeitung und die Folgen der Verweigerung der Einwilligung informiert werden; insoweit empfiehlt sich generell, sich bei der Information des Einwilligenden an Art. 13 DSGVO beziehungsweise Art. 14 DSGVO zu orientieren.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Vgl. Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 7 DSGVO Rn. 8.

<sup>41</sup> Vgl. Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 5/2021, Art. 7 DSGVO Rn. 76.

<sup>42</sup> Vgl. Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 5/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 17 f. Rn. 64.

<sup>43</sup> Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 5/2021, Art. 7 DSGVO Rn. 3a.1.

<sup>44</sup> Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 4 DSGVO Rn. 278.

### 3. Inhaltliche Anforderungen der Einwilligung

Während die Einwilligung objektiv und in Form der nach außen tretenden Erklärung bestimmt sein muss (Was wurde erklärt?), betrifft die Informiertheit die subjektive Erkenntnis der betroffenen Person (Weiß ich, was ich erklärt habe?). Beides stimmt idealerweise inhaltlich überein. Die Informiertheit ist gleichsam das subjektive Gegenstück der Bestimmtheit,<sup>45</sup> geht aber auch zum Teil darüber hinaus, etwa soweit gesetzliche Belehrungspflichten erfüllt werden. **93**

Die Informiertheit der betroffenen Person setzt voraus, dass sie vor Abgabe der Einwilligungserklärung die Möglichkeit hat, die notwendigen Informationen – gegebenenfalls durch Belehrung des Verantwortlichen – zu erhalten. Gesetzliche Belehrungspflichten des Verantwortlichen enthalten Art. 7 Abs. 3 Satz 3 DSGVO zur Belehrung über das Widerrufsrecht und Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO zur Belehrung über die möglichen Risiken von Datenübermittlungen in Drittländer. Soweit keine gesetzlichen Belehrungspflichten bestehen, wäre es an sich auch ausreichend, wenn der betroffenen Person die Informationen anderweitig zur Kenntnis gelangen, etwa durch eigene Recherchen oder durch die Information Dritter. Die Nachweispflicht des Verantwortlichen gebietet aber die Dokumentation, dass der betroffenen Person die notwendigen Informationen zum Zeitpunkt der Einwilligung bekannt waren. Folglich wird eine nachweisbare Information der betroffenen Person praktisch erforderlich sein, also jedenfalls die Hinterlegung und Kommunikation der bereitgestellten Informationen, etwa durch Aushändigung von Datenschutzhinweisen. Als sinnvoll können sich mehrschichtige Informationsmodelle erweisen, die je nach Situation und Erforderlichkeit generelle Informationen mit vertieften Hintergrundinformationen kombinieren.<sup>46</sup> **94**

In zeitlicher Hinsicht muss die betroffene Person die jeweiligen Informationen so frühzeitig erhalten, dass sie sich rechtzeitig vor Abgabe der Einwilligung über die Tragweite der Erklärung bewusst werden kann. Die betroffene Person muss sich unbeeinflusst eine Meinung bilden können, und ihr muss dazu eine ausreichende Überlegungszeit zur Verfügung stehen. Je komplexer die Informationslage ist, desto mehr Zeit wird die betroffene Person benötigen, um in informierter Weise handeln zu können, und umso früher sollten ihr die Informationen zugänglich sein. **95**

**Beispiel 13:** Am Ende einer mündlichen Staatsprüfung soll neben der individuellen Notenbekanntgabe die Möglichkeit bestehen, den Prüfungsteilnehmerinnen und -teilnehmern die Endnoten in Anwesenheit der jeweils anderen Prüflinge zu offenbaren. Die Offenbarung der Prüfungsergebnisse stellt eine Datenübermittlung dar. Mangels gesetzlicher Grundlage kommt allein eine Einwilligung als Verarbeitungsgrundlage in Betracht. Das Prüfungsamt kann bereits in dem Ladungsschreiben zur Prüfung jeden Prüfling auf die Möglichkeit der Einwilligung hinweisen. Prüflingen, die ihre Einwilligung nicht erteilen, werden die Noten individuell bekanntgegeben. Auf diese Weise sind die betroffenen Personen frühzeitig und nachweislich informiert.

<sup>45</sup> Vgl. Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 72.

<sup>46</sup> Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DSGVO Rn. 60a.

#### IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

- 96** Auf Seiten der betroffenen Person wird bei der Kenntnisnahme der bereitgestellten Informationen auf das Sprach- und Verständnissniveau eines Durchschnittsbürgers abgestellt.<sup>47</sup> Etwaige Irrtümer gehen jedenfalls dann zu Lasten der betroffenen Person, wenn davon ausgegangen werden kann, dass ein Durchschnittsbürger in der Situation ausreichend informiert gewesen wäre. Dieser Maßstab bestimmt auch die Abfassung des Inhalts von Belehrungen des Verantwortlichen. Ein hohes Maß an Komplexität und Undurchsichtigkeit in Erklärungen kann ebenso wie inhaltliche Fehler zu einem Mangel der Informiertheit der betroffenen Person führen. Eine bürgernahe Sprache darf aber andererseits auch nicht zu einer Verkürzung oder Verfälschung wesentlicher Informationen führen. Liegt keine ausreichende Informationslage seitens der betroffenen Person vor, ist die Einwilligung unwirksam. Auch Täuschungen können neben dem Ausschluss der Freiwilligkeit zu einer unzulänglichen Informationslage führen. Eine größtmögliche datenschutzrechtliche Transparenz kann durch die textliche Gestaltung der Erklärungen, aber etwa auch durch die Erläuterung, welche Stellen sich hinter verwendeten Abkürzungen verbergen, und durch eine deutliche Trennung hinsichtlich unterschiedlicher Datenumgänge erreicht werden. Zu beachten ist aber, dass der Verantwortliche nicht die Informiertheit als Informationserfolg schuldet. Vielmehr reicht es aus, dass er Mittel und Wege eröffnet, um eine zumutbare Information der betroffenen Person zu ermöglichen.
- 97** Neben einwilligungsspezifische Informationspflichten treten die allgemeinen Informationspflichten bei Datenerhebungen nach Art. 13 f. DSGVO. Allerdings führt eine Verletzung der Informationspflichten nach Art. 13 f. DSGVO nicht automatisch zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung.<sup>48</sup> Maßgeblich ist, ob die jeweilige Information zu den Bestandteilen der einwilligungsspezifischen Informiertheit gehört (etwa die Identität des Verantwortlichen). Ist dies der Fall, tritt neben eine etwaige Verletzung der Art. 13 f. DSGVO auch die Unwirksamkeitsfolge der Einwilligung.
- 98** Einen gesetzlich geregelten Fall einer Transparenzpflicht bei zusammengesetzten Erklärungen enthält Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO. Zusammengesetzte Erklärungen sind gemäß Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO Einwilligungen durch eine schriftliche Erklärung, die aber noch andere Sachverhalte betrifft (etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Einwilligungen). Bezieht sich eine schriftliche<sup>49</sup> Einwilligungserklärung auch auf andere Sachverhalte, so muss das Ersuchen um die Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Auch eine Kombination aus datenschutzrechtlichen Einwilligungen und anderen Texten (etwa Vertragstexten oder Antragsformularen) ist grundsätzlich möglich; die Transparenzanforderungen sind aber höher. Die entsprechenden Einwilligungserklärungen müssen daher schon optisch so ausgestaltet sein, dass sie von anderen Erklärungen, die keine Einwilligungen darstellen, zu unterscheiden sind, etwa durch Fettdruck, Einrahmung, Unterstreichung oder die Darstellung in eigenen Absätzen.<sup>50</sup> Der Gegenstand der Einwilligung selbst muss in klarer und einfacher Sprache abgefasst sein.

<sup>47</sup> Vgl. Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 5/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 18 Rn. 67.

<sup>48</sup> Vgl. Schulz, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 36.

<sup>49</sup> Gemeint sind in diesem Kontext auch elektronische Erklärungen, vgl. Erwägungsgrund 32 DSGVO „[...] etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, [...]“.

<sup>50</sup> Taeger, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 63.

### 3. Inhaltliche Anforderungen der Einwilligung

Die Hervorhebungspflicht des Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO soll verhindern, dass Einwilligungen im Kontext anderer Texte untergehen und versehentlich im Rahmen anderer Erklärungen mitabgegeben oder gar „untergeschoben“ werden. Damit wird die Notwendigkeit und Bedeutung einer aktiven Einwilligungshandlung der betroffenen Person hervorgehoben (siehe bereits Rn. 59 f.). Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich für den Verantwortlichen, bei zusammengesetzten Erklärungen eigene Unterschriftsfelder für die datenschutzrechtlichen Einwilligungen zu verwenden, um auch die aktive Einwilligungshandlung nachweisen zu können.

99

Art. 7 Abs. 2 Satz 2 DSGVO sieht als Rechtsfolge die (teilweise) Unverbindlichkeit in zusammengesetzten Erklärungen (Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO) enthaltener Einwilligungserklärungen vor, sofern diese gegen die Datenschutz-Grundverordnung verstoßen. Die Folge kann ein um eine unwirksame Einwilligung bereinigter, im Übrigen aber (teil)wirksamer Vertrag oder eine sonstige Erklärung sein. Auch ist es möglich, dass datenschutzrechtliche Einwilligungen selbst teilunwirksam sind, wenn sich der Fehler nur auf einen Teil der Einwilligung erstreckt und der restliche Teil sinnvoll aufrechterhalten werden kann.<sup>51</sup> Ist etwa einem Formular eine „fertige“ datenschutzrechtliche Einwilligung beigelegt, die nur zum Teil in einer einfachen und klaren Sprache abgefasst ist, so kann die Einwilligung selbst bei logischer Teilbarkeit der Erklärungen teilunwirksam sein. Der den Vorgaben des Art. 7 Abs. 2 DSGVO genügende Teil der Einwilligung verbleibt wirksam.

100

#### d) Zweckbindung

Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO ist die Einwilligung im Hinblick auf einen oder mehrere bestimmte Zwecke zu erteilen. Erwägungsgrund 32 Satz 4 DSGVO konkretisiert, dass sich die Einwilligung auf alle zu demselben Zweck oder denselben Zwecken vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge beziehen sollte. Die Einwilligung ist also grundsätzlich zweckbezogen zu erteilen.

101

Die Zweckbindung konkretisiert die Einwilligung und kann daher auch als Bestandteil der Bestimmtheit aufgefasst werden. Auf der Seite der betroffenen Person korrespondiert sie mit dem Grundsatz der Zweckbindung gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DSGVO auf Seiten des Verantwortlichen. Die in der Einwilligungserklärung genannten Zwecke sind für den Verantwortlichen bindend. Er kann die Zweckbindung außerhalb gesetzlich vorgesehener Zweckänderungen (vgl. Art. 6 Abs. 4 DSGVO, Art. 6 BayDSG) oder gesetzlicher Zweckänderungstatbestände nicht einseitig verändern, sondern ist hierfür auf eine neue Einwilligung angewiesen. Der Zweck oder die Zwecke der Datenverarbeitung sind möglichst präzise zu bestimmen. Nicht ausreichend sind allgemein gefasste, generalklauselartige Beschreibungen, etwa „zum Zwecke der Verwaltung oder Geschäftsführung“, Blankoeinwilligungen ohne Zweckbezug oder beispielhafte, nicht abschließende Aufzählungen („[Zweck 1], [Zweck 2] usw.“).<sup>52</sup>

102

Eine Privilegierung existiert im Bereich wissenschaftlicher Forschung, da der konkrete Verarbeitungszweck oft erst im Rahmen des Forschungsfortschritts erkennbar wird oder sich än-

103

<sup>51</sup> Vgl. Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 5/2021, Art. 7 DSGVO Rn. 68.

<sup>52</sup> Vgl. Ingold, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 39.

#### IV. Einwilligung als Rechtsgrundlage

dem kann. Erwägungsgrund 33 DSGVO führt dazu aus: „Oftmals kann der Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten nicht vollständig angegeben werden. Daher sollte es betroffenen Personen erlaubt sein, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht. Die betroffenen Personen sollten Gelegenheit erhalten, ihre Einwilligung nur für bestimmte Forschungsbereiche oder Teile von Forschungsprojekten in dem vom verfolgten Zweck zugelassenen Maße zu erteilen.“

- 104** Im Bereich wissenschaftlicher Forschung ist es daher anerkannt, dass Einwilligungen in Bezug auf Verarbeitungszwecke allgemeiner gehalten werden können (siehe etwa § 67b Abs. 3 Satz 1 SGB X). Etabliert hat sich das Modell des sogenannten „broad consent“, wonach der Verwendungszweck „breiter“ sein kann, also über das konkrete Forschungsvorhaben hinausreicht.<sup>53</sup> Das „Weniger“ an Bestimmtheit des Zweckbezugs sollte aber an anderer Stelle kompensiert werden. Erwägungsgrund 33 DSGVO nennt etwa die Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung, wenn sich die Einwilligung auf bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung bezieht. Eine Beschränkung auf bestimmte Forschungsbereiche oder Teile von Forschungsprojekten muss aber grundsätzlich möglich sein.

#### 4. Rechtsfolgen der Einwilligung

- 105** Die Rechtsfolge einer wirksamen Einwilligung ist nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO die Rechtmäßigkeit der betreffenden Verarbeitung personenbezogener Daten. Welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet werden dürfen, muss aus der Einwilligung hervorgehen; eine „Einwilligung auf Vorrat“ ist somit ausgeschlossen. Einwilligungen wirken nicht rückwirkend, sondern nur für künftige Verarbeitungen. Bereits zu Beginn der Verarbeitung personenbezogener Daten müssen daher sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung vorliegen (siehe oben Rn. 63).
- 106** Eine zeitliche Begrenzung der Einwilligung sieht das Gesetz nicht vor, so dass Einwilligungen grundsätzlich nicht nach bestimmten Zeiträumen erneuert werden müssen. Eine Erneuerung von Einwilligungen in angemessenen Abständen kann aber empfehlenswert sein.<sup>54</sup> Die zeitliche Grenze der Verarbeitung personenbezogener Daten ist hier – wie bei sonstigen Verarbeitungstatbeständen auch – durch das „Recht auf Vergessenwerden“ in Art. 17 DSGVO gezogen. Gleichwohl dürfte die Einwilligung auch befristet erteilt werden können. Das Prinzip der Datensparsamkeit kann es gebieten, vor Jahren eingeholte Einwilligungen nicht mehr zu nutzen und hierauf keine aktuellen Datenverarbeitungen mehr zu stützen. Denn die betroffene Person wird regelmäßig einige Zeit nach erteilter Einwilligung nicht mehr nachvollziehen können, ob und wann sie eine entsprechende Erklärung abgegeben hat. Sollte von der

<sup>53</sup> Vgl. Schaar, Anpassung von Einwilligungserklärungen für wissenschaftliche Forschungsprojekte, ZD 2017, S. 213 (215).

<sup>54</sup> Vgl. Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 5/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 27 Rn. 111.

#### 4. Rechtsfolgen der Einwilligung

Einwilligung mehrere Jahre kein Gebrauch mehr gemacht worden sein, ist ihre Wirksamkeit für künftige Verarbeitungen zu überprüfen.

Liegt nur eine Wirksamkeitsvoraussetzung nicht vor, so kann die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht auf die mangelhafte Einwilligung gestützt werden. Eine nachträgliche Heilung des Mangels, etwa durch erneute Erteilung einer wirksamen Einwilligung, kommt nur für die Zukunft, nicht aber rückwirkend in Betracht. Die Einwilligung muss tatsächlich und nachweisbar vorliegen. Eine Art „Gutgläubensschutz“ des Verantwortlichen an eine vermeintlich wirksame Einwilligung existiert bei Unwirksamkeit nicht. **107**

Ist eine Einwilligung unwirksam, ist bei Verarbeitungen im öffentlichen Bereich für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob die ursprünglich auf die unwirksame Einwilligung gestützte Verarbeitung alternativ auf einen anderen Verarbeitungstatbestand gestützt werden kann. Bei einem willkürlichen Wechsel zwischen einer Einwilligung und anderen Rechtsgrundlagen liegt jedenfalls eine Verletzung der Grundsätze der Fairness und Transparenz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DSGVO nahe. **108**

Unrechtmäßig verarbeitete Daten sind umgehend zu löschen (Art. 17 Abs. 1 Buchst. d DSGVO). **109**

## V. Widerruf der Einwilligung

- 110** Art. 7 Abs. 3 DSGVO regelt das Widerrufsrecht. Die betroffene Person kann gemäß Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO die Einwilligung jederzeit widerrufen. In Vertretungssituationen ist auch ein Widerruf durch die Stellvertretung möglich, sofern die Vertretungsmacht auch den Widerruf der Einwilligung umfasst. Im Falle rechtsgeschäftlich erteilter Vollmachten ist dies im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln. Für möglich wird auch ein teilweiser Widerruf der Einwilligung (etwa begrenzt auf eine von mehreren Verarbeitungsformen) gehalten.<sup>55</sup> So könnte der Widerruf etwa nur auf die Einwilligung zur Übermittlung der personenbezogenen Daten an Dritte beschränkt werden, nicht aber auf die Speicherung der Daten beim Verantwortlichen, weil mit diesem künftige Beziehungen aufrechterhalten bleiben sollen. Das Widerrufsrecht stellt sicher, dass die betroffene Person ihre personenbezogenen Daten per Einwilligung nicht dauerhaft und endgültig aus der Hand gibt und somit ihre informationelle Selbstbestimmung behält. Die Möglichkeit, freiwillig über die eigenen Daten zu bestimmen, wird also auch nach Erteilung einer Einwilligung aufrechterhalten. Somit kann die betroffene Person auch nicht auf ihr Widerrufsrecht abschließend verzichten.<sup>56</sup> Die praktische Folge der jederzeitigen Widerrufbarkeit ist, dass die Einwilligung in Fällen, bei denen es auf eine dauerhafte und verlässliche Datenverarbeitungsmöglichkeit für die öffentliche Stelle ankommt, keine sinnvolle Rechtsgrundlage ist.
- 111** Die Rechtsfolge des Widerrufs bestimmt Art. 7 Abs. 3 Satz 2 DSGVO. Danach wird durch den Widerruf der Einwilligung die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Der Widerruf wirkt also ebenso wie die Einwilligung selbst nur für die Zukunft und beseitigt die Einwilligung als Verarbeitungstatbestand vom Zeitpunkt des Widerrufs an („ex nunc“). Vergangene Verarbeitungen bis zum Zeitpunkt des Widerrufs bleiben rechtmäßig. Bei teilweisem Widerruf hat die Einwilligung insofern auch künftig weiter Bestand, als sie nicht widerrufen ist.
- 112** Problematisch kann ein plötzlicher Wechsel von einer Einwilligung auf einen anderen Verarbeitungstatbestand sein, der der betroffenen Person nicht transparent gemacht wurde. Stützt der Verantwortliche die Verarbeitung alleine auf die Einwilligung, so signalisiert er der betroffenen Person, dass es für die Verarbeitung allein auf deren Einverständnis ankommt und der Widerruf der Einwilligung signifikant für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung ist.<sup>57</sup> Würde der Verantwortliche bei unwirksamer Einwilligung oder im Falle eines Widerrufs doch wieder auf eine gesetzliche Grundlage zurückgreifen, würde er sich widersprüchlich verhalten und die Grundsätze der Fairness und Transparenz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DSGVO verletzen<sup>58</sup> (siehe bereits oben Rn.108).

<sup>55</sup> Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DSGVO Rn. 35.

<sup>56</sup> Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DSGVO Rn. 35.

<sup>57</sup> Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 5/2021, Art. 7 DSGVO Rn. 3a.1.

<sup>58</sup> Vgl. Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 23.

Nach erfolgtem Widerruf kann die betroffene Person die Löschung ihrer personenbezogenen Daten, die aufgrund der Einwilligung verarbeitet wurden, gemäß Art. 17 Abs. 1 Buchst. b DSGVO verlangen, sofern nicht eine anderweitige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung besteht.

Ob sich ein Wechsel von Verarbeitungstatbeständen auch auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung der Daten auswirkt, ist gesondert zu prüfen. Jedenfalls im Falle einer gesetzlichen Verpflichtung der öffentlichen Stelle zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c DSGVO dürfte grundsätzlich ein Wechsel von einer gegebenenfalls unzulässigen oder widerrufenen Einwilligung auf eine gesetzlich geregelte Rechtsgrundlage möglich sein. Zweifel können hingegen in Fällen von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e DSGVO entstehen: Verarbeitungsbefugnisse enthalten auf der Tatbestandsseite oftmals unbestimmte Rechtsbegriffe oder räumen auf der Rechtsfolgenseite Ermessen ein. In solchen Fällen muss eine öffentliche Stelle, die von der Verarbeitungsbefugnis Gebrauch macht, eine normkonkretisierende Entscheidung treffen. Eine solche Entscheidung kann eine bereits durchgeführte Verarbeitung regelmäßig nicht nachträglich legitimieren.

**113**

Über das Widerrufsrecht muss die betroffene Person gemäß Art. 7 Abs. 3 Satz 3 DSGVO vor Abgabe der Einwilligung belehrt werden. Nach dem Wortlaut der Norm ist die betroffene Person „hiervon“, also von dem Bestehen des Widerrufsrechts und der in Satz 2 des Art. 7 Abs. 3 DSGVO geregelten „ex nunc“-Wirkung des Widerrufs, in Kenntnis zu setzen. Die Folge einer unterlassenen oder fehlerhaften Belehrung ist, dass die Einwilligung nicht informiert und/oder nicht freiwillig erfolgt und damit unwirksam ist.<sup>59</sup>

**114**

Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DSGVO regelt, dass der Widerruf der Einwilligung so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein muss. Folglich gelten die Grundsätze zur formellen Ausgestaltung der Einwilligung (siehe oben Rn. 48 ff.) auch für die Widerrufserklärung.<sup>60</sup> Eine Begründung muss der Widerruf nicht enthalten.<sup>61</sup> Auch ein konkludenter Widerruf, ohne dass das Wort „Widerruf“ verwendet werden muss, ist möglich.<sup>62</sup> Die Widerrufserklärung ist auch insoweit der Auslegung zugänglich, muss aber eindeutig sein.

**115**

<sup>59</sup> Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 95; Taeger, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 76; a. A. Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 89.

<sup>60</sup> Vgl. Worms, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 2/2021, Art. 17 DSGVO Rn. 33.

<sup>61</sup> Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 7 DSGVO Rn. 16.

<sup>62</sup> Vgl. Worms, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 2/2021, Art. 17 DSGVO Rn. 35.

## VI. Aufbewahren von Einwilligungen

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz hat 2018 die nachstehende, mittlerweile überarbeitete Aktuelle Kurz-Information 8 „Aufbewahren von Einwilligungen“ veröffentlicht (Stand: 1. September 2021):

- 116** Die Einwilligung der betroffenen Person ist eine wichtige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Das Gesetz nennt sie sogar an erster Stelle (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO). Auch wenn bayerische öffentliche Stellen personenbezogene Daten oftmals auf der Grundlage von gesetzlich geregelten Befugnissen verarbeiten können (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e DSGVO) und daher insoweit keine Einwilligung benötigen, kommen auch bei ihnen einwilligungsbasierte Verarbeitungen vor. Das ist beispielsweise beim Versand von Newslettern der Fall (dazu AKI 1: Versand von Newslettern durch bayerische öffentliche Stellen). Hat eine öffentliche Stelle eine Einwilligung für die Verarbeitung personenbezogener Daten eingeholt, stellt sich die Frage, wie lange diese Einwilligung aufgehoben werden muss.

### 1. Ausgangspunkt: Rechenschaftspflicht

- 117** Ausgangspunkt bei der Beantwortung dieser Frage ist die Rechenschaftspflicht, die Art. 5 Abs. 2 DSGVO dem Verantwortlichen – und damit der öffentlichen Stelle – auferlegt:

„Der Verantwortliche ist für die Einhaltung des Absatzes 1 verantwortlich und muss dessen Einhaltung nachweisen können („Rechenschaftspflicht“).“

- 118** Diese allgemeine Pflicht hat der Gesetzgeber in Bezug auf Einwilligungen durch Art. 7 Abs. 1 DSGVO zu einer spezifischen Nachweispflicht verdichtet. Die Bestimmung lautet:

„Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.“

- 119** Eine Aufbewahrungsfrist ist für die Einwilligung nicht geregelt. Sie muss daher im Einzelfall bemessen werden.

### 2. Verarbeitungen im Zusammenhang mit einer Einwilligung

- 120** Die Einwilligung ist Rechtsgrundlage für diejenige Verarbeitung, auf die sie sich bezieht. Das ist Regelungsgehalt von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO. Hat die öffentliche Stelle beispielsweise eine Einwilligung für den Versand eines Newsletters eingeholt, so wird die Einwilligung – ihre Wirksamkeit vorausgesetzt – insbesondere die Speicherung und Nutzung des

Datensatzes zulassen, den die einwilligende Bezieherin oder der einwilligende Bezieher des Newsletters dem Verantwortlichen zur Verfügung gestellt hat.

Die Einwilligung enthält aber auch selbst Daten der betroffenen Person, insbesondere die Angabe ihrer Identität sowie die mit dieser verbundene Aussage: „Ich bin mit einer näher bezeichneten Verarbeitung meiner näher bezeichneten Daten einverstanden.“ Diese personenbezogenen Daten werden durch den Verantwortlichen freilich nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c, Abs. 3 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO verarbeitet. Die vom Verantwortlichen zu erfüllende gesetzliche Verpflichtung ist hier die Nachweispflicht aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO.

**121**

### 3. Umfang der Nachweispflicht

Eine bayerische öffentliche Stelle muss in der Lage sein, die Nachweispflicht aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO jedenfalls so lange zu erfüllen, wie noch Verarbeitungen stattfinden, die von der Einwilligung gedeckt sein sollen. Eine Einwilligung kann sich auf einen längeren Zeitraum beziehen, in dem eine andauernde Verarbeitung (z. B. eine Speicherung von personenbezogenen Daten) oder wiederkehrende Verarbeitungen stattfinden, so beim Versand von Newslettern. Da die Einwilligung grundsätzlich keine „Laufzeit“ hat, ist vor einer vorschnellen Vernichtung der Unterlagen abzusehen. Andererseits wäre aber das dauerhafte Aufbewahren der Daten ohne konkreten Verarbeitungsbezug unzulässig. Maßgeblich sind die Tatbestände des Art. 17 Abs. 1 DSGVO. Bei der Prüfung, ob die personenbezogenen Daten für die Zwecke, für die sie erhoben wurden, nicht mehr notwendig und daher gemäß Art. 17 Abs. 1 Buchst. a DSGVO zu löschen sind, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

**122**

Bei der Formulierung eines Einwilligungsformulars sollte daher immer darauf geachtet werden, dass die entsprechende Erklärung alle geplanten Verarbeitungen erfasst. Stellt sich heraus, dass der Text insofern unzureichend ist, dürfen nicht berücksichtigte Verarbeitungen nur durchgeführt werden, wenn eine ergänzende Einwilligung eingeholt wird oder eine andere Rechtsgrundlage zur Verfügung steht.

**123**

### 4. Widerruf der Einwilligung

Ein Widerruf der Einwilligung führt nicht zwingend zu deren sofortiger Löschung: Mit der Verarbeitung der Einwilligung selbst wird nämlich die Nachweispflicht aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO erfüllt; diese Verarbeitung beruht aber gerade nicht auf der Einwilligung, über die Nachweis zu führen ist (siehe oben unter 2.). Vielmehr weist der Verantwortliche damit nach, dass mit der Einwilligung eine Rechtsgrundlage bestand und die darauf beruhende Verarbeitung personenbezogener Daten bis zum Widerruf der Einwilligung rechtmäßig war. Daher kann die betroffene Person die Herausgabe einer schriftlichen Einwilligung oder einen entsprechenden Löschungsnachweis bei einer elektronisch erteilten Einwilligung nicht verlangen. Allerdings muss der Verantwortliche im Rahmen seiner allgemeinen Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) den Widerruf der betroffenen Person dokumentieren. Eine widerrufenen Einwilligung kann er selbstverständlich auch nicht mehr dazu verwenden, zeitlich nachgelagerte Verarbeitungen zu legitimieren.

**124**

## VI. Aufbewahren von Einwilligungen

- 125** Die in der Einwilligungserklärung und dem Widerruf enthaltenen personenbezogenen Daten unterliegen ihrerseits auch dem Recht auf Löschung. Sie sind insbesondere gemäß Art. 17 Abs. 1 Buchst. a DSGVO zu löschen, wenn sie für die Zwecke, für die sie erhoben wurden, nicht mehr notwendig sind, wenn also Nachweis- und Rechenschaftspflichten eine weitere Aufbewahrung nicht mehr erfordern. Auch Nachweis- und Rechenschaftspflichten gelten nicht ewig, wenngleich eine gesetzliche Befristung nicht vorgesehen ist. Sie enden dann, wenn die Verarbeitung vollständig abgeschlossen ist, die aufgrund der Einwilligung verarbeiteten personenbezogenen Daten beim Verantwortlichen nicht mehr vorhanden sind und der Verantwortliche kein rechtliches Interesse (etwa mit Blick auf Schadensersatzprozesse, vgl. Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO) mehr daran hat, den Nachweis noch führen zu können.<sup>63</sup>
- 126** Verarbeiten bayerische öffentliche Stellen personenbezogene Daten auf der Grundlage von Einwilligungen, sollten sie das „Verarbeitungsprogramm“ vorausschauend planen, Einwilligungsformulare entsprechend gestalten und auch von vornherein festlegen, auf welche Weise und für welche Dauer die erteilten Einwilligungen aufgehoben werden müssen. Nach Maßgabe dieser Planung sollten sie entscheiden, welche Ressourcen sie für die Erfüllung der gesetzlichen Rechenschafts- und Nachweispflichten einzusetzen haben.

<sup>63</sup> Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 44.

## VII. 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 Erwägungsgrund 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. **127**

Voraussetzung ist allerdings, dass die „Art der bereits erteilten Einwilligung“ (so wörtlich Erwägungsgrund 171 Satz 3 DSGVO) den Bedingungen der Datenschutz-Grundverordnung entspricht. Mit anderen Worten muss die „Alt-Einwilligung“ (auch) dem aktuell geltenden Recht entsprechen. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, muss die Einwilligung unter Beachtung der Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung (Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a, Art. 7 und Art. 8 DSGVO) neu eingeholt werden. **128**

Beispiel 14: Unwirksam ist eine nach bisherigem Recht in bestimmten Fällen mögliche Opt-out-Einwilligung („vorangekreuztes Kästchen“), da eine solche „Art der Einwilligung“ unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung nicht mehr zulässig ist, siehe oben Rn. 59 f.

Unabhängig hiervon empfiehlt es sich, „Alt-Einwilligungen“ im Rahmen des Zumutbaren sukzessive zu „erneuern“ und diese dabei vollständig an die nunmehr seit über drei Jahren geltenden Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung anzupassen. **129**

## VIII. Praxishinweise

- 130**
- Die Verarbeitung personenbezogener Daten auf Grundlage von Einwilligungen hat für öffentliche Stellen (weiterhin) untergeordnete Bedeutung.
  - Besonders zu achten ist auf eine rechtzeitige und verständliche Information der betroffenen Personen. Die Information muss hinreichend klar über die geplante Verarbeitung unterrichten und auch die Belehrung über das Recht, eine erteilte Einwilligung jederzeit zu widerrufen, umfassen.
  - Die bayerischen öffentlichen Stellen sollten ihre Einwilligungsformulare auf die Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung überprüfen.
  - Zudem 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.
  - Zu prüfen ist immer, ob anstelle oder (ausnahmsweise) zusätzlich zur Einwilligung eine gesetzliche Verarbeitungsbefugnis in Betracht kommt. Gegebenenfalls ist die betroffene Person auf die zusätzliche gesetzliche Verarbeitungsbefugnis hinzuweisen.
  - Vor Einholung der Einwilligung ist sicherzustellen, dass die betroffene Person in informierter Weise einwilligt und ihr alle nötigen Informationen zur Kenntnis gebracht werden.
  - Vor Einholung der Einwilligung ist das Vorliegen aller formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung zu prüfen. Wird nach Einholung einer Einwilligung ein Fehler festgestellt, so ist die Einwilligung nochmals unter Beseitigung des Fehlers einzuholen.

## IX. Checkliste vor Einholung einer Einwilligung

1. Kommt neben der Einwilligung eine gesetzliche Verarbeitungsbefugnis in Betracht? **131**
- Überschreitet die Einwilligung die Grenzen der gesetzlichen Verarbeitungsbefugnis und ist die gesetzliche Verarbeitungsbefugnis abschließend? Einwilligung (-)
- Soll die Einwilligung ausnahmsweise neben der gesetzlichen Verarbeitungsbefugnis zur Anwendung kommen?
- Weshalb wird dies erwogen?
  - Erfolgt die Einwilligung freiwillig und informiert?
2. Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte (insbesondere bei Minderjährigen): Ist die betroffene Person einwilligungsfähig? Liegen im Fall einer Stellvertretung deren Voraussetzungen vor?
3. Erfolgt die Einwilligung freiwillig (Machtungleichgewicht, Koppelungsverbot)?
4. Wurde die einwilligende Person nachweislich informiert und bezieht sich die Einwilligung auf den bestimmten Fall? Informiertheit/Bestimmtheit in Bezug auf
- den Verantwortlichen (Art. 4 Nr. 7 DSGVO),
  - die zu verarbeitenden personenbezogenen Daten (Art. 4 Nr. 1 DSGVO),
  - die Art der Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DSGVO),
  - den Verarbeitungszweck (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO),
  - das Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 DSGVO),
  - die Freiwilligkeit der Einwilligung,
  - gegebenenfalls weitere Datenempfänger (Art. 4 Nr. 9 DSGVO),
  - gegebenenfalls die Absicht einer ausschließlich automatisierten Entscheidung (Art. 22 Abs. 2 Buchst. c DSGVO),
  - gegebenenfalls eine Datenübermittlung in Drittländer (Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a DSGVO),
  - gegebenenfalls mehrere (gemeinsame) Verantwortliche (vgl. Art. 26 DSGVO),
  - gegebenenfalls auf die Verarbeitung gemäß zusätzlichem gesetzlichem Verarbeitungstatbestand neben der Einwilligung.
5. Erfolgt die Einwilligung mittels aktiver Handlung der betroffenen Person?