



Artikel-29-Datenschutzgruppe
Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679

angenommen am 28. November 2017

zuletzt überarbeitet und angenommen am 10. April 2018

**DIE ARBEITSGRUPPE FÜR DIE WAHRUNG DER RECHTE VON PERSONEN BEI DER
VERARBEITUNG PERSONENBEZOGENER DATEN –**

eingesetzt durch die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995,

gestützt auf die Artikel 29 und Artikel 30 dieser Richtlinie,

gestützt auf ihre Geschäftsordnung –

HAT DIE FOLGENDEN LEITLINIEN ANGENOMMEN:

Die Datenschutzgruppe wurde nach Artikel 29 der Richtlinie 95/46/EG eingesetzt. Sie ist ein unabhängiges Beratungsgremium der EU zum Themenkreis Datenschutz und Schutz der Privatsphäre. Ihr Aufgabenbereich geht aus Artikel 30 der Richtlinie 95/46/EG und Artikel 15 der Richtlinie 2002/58/EG hervor.

Die Sekretariatsaufgaben werden von der Direktion C (Grundrechte und Unionsbürgerschaft) der Europäischen Kommission, Generaldirektion Justiz und Verbraucher, 1049 Brüssel, Belgien, Büro MO-59 02/013, wahrgenommen.

Website: http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1358&tpa_id=6936

Inhaltsverzeichnis

1.	Einführung	3
2.	Einwilligung in Artikel 4 Absatz 11 der DS-GVO	4
3.	Elemente einer gültigen Einwilligung	5
3.1.	Frei / freiwillig	5
3.1.1.	Ungleichgewicht der Macht	6
3.1.2.	Konditionalität	8
3.1.3.	Granularität	11
3.1.4.	Nachteil	12
3.2.	Für bestimmte Zwecke	13
3.3.	In Kenntnis der Sachlage	15
3.3.1.	Mindestanforderungen an den Inhalt, damit die Einwilligung „in informierter Weise“ erfolgt 15	
3.3.2.	Wie Informationen bereitzustellen sind	16
3.4.	Unmissverständlich abgegebene Willensbekundung	18
4.	Einholen der ausdrücklichen Einwilligung	21
5.	Zusätzliche Bedingungen für das Einholen einer gültigen Einwilligung	23
5.1.	Nachweis der Einwilligung	24
5.2.	Widerruf der Einwilligung	25
6.	Wechselwirkungen zwischen der Einwilligung und anderen Rechtsgrundlagen in Artikel 6 der DS-GVO 27	
7.	Spezifische Anliegen in der DS-GVO	28
7.1.	Kinder (Artikel 8)	28
7.1.1.	Dienst der Informationsgesellschaft	29
7.1.2.	Kindern direkt angeboten	30
7.1.3.	Alter	30
7.1.4.	Einwilligung von Kindern und elterliche Verantwortung	31
7.2.	Wissenschaftliche Forschung	33
7.3.	Die Rechte der betroffenen Person	36
8.	Einwilligung, die gemäß Richtlinie 95/46/EG eingeholt wurde	36

1. Einführung

Die vorliegenden Leitlinien bieten eine gründliche Analyse des Begriffes „Einwilligung“ in der Verordnung 2016/679, der Datenschutz-Grundverordnung (nachfolgend „DS-GVO“). Das Konzept der Einwilligung, wie es bislang in der Datenschutzrichtlinie (nachfolgend „Richtlinie 95/46/EG“) und in der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation verwendet wurde, hat sich weiter entwickelt. In der DS-GVO werden die Anforderungen in Bezug auf das Einholen und Nachweisen einer gültigen Einwilligung präzisiert und genau angegeben. Die vorliegenden Leitlinien legen den Schwerpunkt auf diese Änderungen und enthalten eine praktische Anleitung zur Sicherstellung der Einhaltung der DS-GVO. Sie bauen auf der Stellungnahme 15/2011 zur Einwilligung auf. Es liegt bei den Verantwortlichen, innovativ nach neuen Lösungen zu suchen, die im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften bleiben und den Schutz der personenbezogenen Daten und der Interessen der betroffenen Personen besser unterstützen.

Die Einwilligung bleibt eine der sechs Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, die in Artikel 6 der GS-GVO aufgeführt sind.¹ Wenn Tätigkeiten in die Wege geleitet werden, die die Verarbeitung personenbezogener Daten umfassen, muss der Verantwortliche stets abwägen, welches die angemessene Grundlage für die Rechtmäßigkeit der geplanten Verarbeitung ist.

Generell kann die Einwilligung nur dann eine angemessene Grundlage für die Rechtmäßigkeit darstellen, wenn der betroffenen Person die Kontrolle und eine echte Wahl geboten werden, die angebotenen Bedingungen anzunehmen oder abzulehnen, ohne Nachteile zu erleiden. Wenn ein Verantwortlicher um Einwilligung ersucht, muss er prüfen, ob alle Voraussetzungen für das Einholen einer gültigen Einwilligung erfüllt sind. Wird die Einwilligung unter vollumfänglicher Einhaltung der DS-GVO eingeholt, gibt sie den betroffenen Personen die Kontrolle darüber, ob die sie betreffenden personenbezogenen Daten verarbeitet werden oder nicht. Andernfalls wird die Kontrolle der betroffenen Person illusorisch, und dann ist die Einwilligung eine ungültige Grundlage für die Verarbeitung, was die Verarbeitung rechtswidrig macht.²

Die bestehenden Stellungnahmen der Artikel-29-Datenschutzgruppe (WP29) zur Einwilligung³ bleiben maßgeblich, wenn sie dem neuen Rechtsrahmen entsprechen, da die DS-GVO die bestehenden Leitlinien der WP29 kodifiziert. Die allgemeinen bewährten Verfahren sowie die meisten Schlüsselemente der Einwilligung bleiben gemäß der DS-GVO unverändert. Deshalb erweitert und ergänzt die WP29 im vorliegenden Dokument frühere Stellungnahmen zu spezifischen Themen, in denen auf die Einwilligung gemäß Richtlinie 95/46/EG verwiesen wird, statt sie zu ersetzen.

¹ Artikel 9 der DS-GVO enthält eine Liste möglicher Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten. Eine der aufgeführten Ausnahmen liegt vor, wenn die betroffene Person ausdrücklich in die Verwendung ihrer Daten eingewilligt hat.

² Siehe auch Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 6-8, und/oder Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG (WP 217), S. 9, 10, 13 und 14.

³ Insbesondere Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187).

Wie in der Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung festgestellt wird, sollte die Aufforderung von Personen zur Zustimmung zu einem Datenverarbeitungsvorgang strengen Anforderungen unterliegen, da die Grundrechte der betroffenen Personen betroffen sind und der Verantwortliche einen Verarbeitungsvorgang durchführen möchte, der ohne die Einwilligung der betroffenen Person rechtswidrig wäre.⁴ Artikel 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unterstreichen die entscheidende Rolle der Einwilligung. Darüber hinaus werden die Verpflichtungen des Verantwortlichen zur Einhaltung der Grundsätze der Verarbeitung, die in der DS-GVO und insbesondere in Artikel 5 in Bezug auf Treu und Glauben, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit sowie die Datenqualität niedergelegt sind, nicht dadurch negiert oder auf irgendeine Weise abgeschwächt, dass die Einwilligung eingeholt wird. Selbst wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht, würde dies nicht die Erhebung von Daten legitimieren, die für einen für die Verarbeitung angegebenen Zweck nicht erforderlich sind, und wäre grundsätzlich missbräuchlich.⁵

Der WP29 ist die Überarbeitung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG, im Folgenden „E-Privacy-VO“) bekannt. Der Begriff „Einwilligung“ im Entwurf der E-Privacy-VO bleibt mit dem Begriff der „Einwilligung“ in der DS-GVO verknüpft.⁶ Organisationen werden nach dem e-Datenschutzinstrument vermutlich für die meisten Online-Werbenachrichten und -anrufe sowie für Methoden des Online-Tracking, unter anderem mit Hilfe von Cookies, Apps oder anderer Software, eine Einwilligung benötigen. Die WP29 hat dem europäischen Gesetzgeber bereits Empfehlungen und Leitlinien zum Vorschlag für eine E-Privacy-VO vorgelegt.⁷

In Bezug auf die bestehende E-Privacy-VO stellt die WP29 fest, dass Verweise auf die aufgehobene Richtlinie 95/46/EG als Verweise auf die DS-GVO auszulegen sind.⁸ Dies gilt auch für Verweise auf die Einwilligung in der derzeitigen Richtlinie 2002/58/EG, da die E-Privacy-VO (noch) nicht ab dem 25. Mai 2018 in Kraft ist. Gemäß Artikel 95 DS-GVO werden in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auferlegt, da die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation spezielle Pflichten mit demselben Ziel auferlegt. Die WP29 stellt fest, dass das Erfordernis der Einwilligung gemäß DS-GVO nicht als „zusätzliche Pflicht“ anzusehen ist, sondern vielmehr als Voraussetzung für eine rechtmäßige Verarbeitung. Deshalb sind die Bedingungen der DS-GVO für das Einholen einer gültigen Einwilligung in Situationen anwendbar, die in den Geltungsbereich der E-Privacy-VO fallen.

2. Einwilligung in Artikel 4 Absatz 11 der DS-GVO

⁴ Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 8.

⁵ Siehe auch Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187) und Artikel 5 der DS-GVO.

⁶ Gemäß Artikel 9 der vorgeschlagenen E-Privacy-VO gelten für die Einwilligung die Begriffsbestimmung und die Bedingungen, die in Artikel 4 Absatz 11 und Artikel 7 der DS-GVO festgelegt sind.

⁷ Siehe Stellungnahme 3/2016 zur Evaluierung und Überarbeitung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (WP 240).

⁸ Siehe Artikel 94 der DS-GVO.

In Artikel 4 Absatz 11 der DS-GVO wird Einwilligung definiert als *„jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“*.

Das Grundkonzept der Einwilligung bleibt dem Konzept aus Richtlinie 95/46/EG ähnlich und gemäß Artikel 6 der DS-GVO ist die Einwilligung eine der Rechtsgrundlagen, auf die die Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt werden muss.⁹ Neben der geänderten Definition in Artikel 4 Absatz 11 bietet die DS-GVO in Artikel 7 und in den Erwägungsgründen 32, 33, 42 und 43 zusätzliche Anleitung, wie der Verantwortliche vorgehen muss, um die wichtigsten Elemente der Einwilligungspflicht einzuhalten.

Schließlich bestätigt die Einbeziehung spezieller Bestimmungen und Erwägungsgründe zum Widerruf der Einwilligung, dass die Einwilligung eine reversible Entscheidung sein sollte und dass die betroffene Person ein Maß an Kontrolle behalten sollte.

3. Elemente einer gültigen Einwilligung

Artikel 4 Absatz 11 der DS-GVO legt fest, dass die Einwilligung einer betroffenen Person jede

- freiwillig,
- für den bestimmten Fall,
- in Kenntnis der Sachlage und
- unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung ist, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

In den folgenden Abschnitten wird analysiert, in welchem Maß der Wortlaut von Artikel 4 Absatz 11 die Verantwortlichen verpflichtet, ihre Ersuchen um Einwilligung oder ihre Einwilligungsformulare zu ändern, um die Einhaltung der DS-GVO sicherzustellen.¹⁰

3.1. Frei / freiwillig¹¹

⁹ In Richtlinie 95/46/EG wurde Einwilligung definiert als *„jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden“* und die *„ohne jeden Zweifel“* gegeben werden muss, damit die Verarbeitung der personenbezogenen Daten rechtmäßig ist (Artikel 7 Buchstabe a der Richtlinie 95/46/EG). Siehe Stellungnahme 15/2011 der WP29 zur Definition von Einwilligung (WP 187) im Hinblick auf Beispiele für die Geeignetheit der Einwilligung als Rechtsgrundlage. In dieser Stellungnahme hat die WP29 Anleitung gegeben, um zwischen den Fällen zu unterscheiden, in denen die Einwilligung eine geeignete Rechtsgrundlage ist und den Fällen, in denen es ausreicht, sich auf den Grund des berechtigten Interesses (vielleicht mit der Möglichkeit, zu widersprechen) zu stützen oder denjenigen, in denen eine Kundenbeziehung empfohlen würde. Siehe auch Stellungnahme 6/2014 der WP29 in Punkt III.1.2 auf S. 14 f. Die ausdrückliche Einwilligung ist auch eine der Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung besonderer Datenkategorien: Siehe Artikel 9 der DS-GVO.

¹⁰ Für Anleitungen in Bezug auf laufende Verarbeitungstätigkeiten, die auf der Einwilligung gemäß Richtlinie 95/46 beruhen, siehe Kapitel 7 dieses Dokuments und Erwägungsgrund 171 der DS-GVO.

Das Element „frei“ impliziert, dass die betroffenen Personen eine echte Wahl und die Kontrolle haben. Im Allgemeinen schreibt die DS-GVO vor, dass eine Einwilligung nicht gültig ist, wenn die betroffene Person keine wirkliche Wahl hat, sich zur Einwilligung gedrängt fühlt oder negative Auswirkungen erdulden muss, wenn sie nicht einwilligt.¹² Wenn die Einwilligung ein nicht verhandelbarer Teil von Geschäftsbedingungen ist, wird angenommen, dass die Einwilligung nicht freiwillig erteilt wurde. Entsprechend wird eine Einwilligung nicht als freiwillig angesehen, wenn die betroffene Person die Einwilligung nicht verweigern oder zurückziehen kann, ohne Nachteile zu erleiden.¹³ In der DS-GVO wird auch das Konzept des „Ungleichgewichts“ zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person berücksichtigt.

Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, sollte auch die spezielle Situation berücksichtigt werden, dass die Erfüllung eines Vertrags oder die Erbringung einer Dienstleistung von der Einwilligung abhängig gemacht werden, wie es in Artikel 7 Absatz 4 beschrieben wird. Artikel 7 Absatz 4 wurde durch die Wörter „unter anderem“ auf eine nicht erschöpfende Weise verfasst, so dass es eine Reihe anderer Situationen geben kann, die unter diese Bestimmung fallen. Allgemein ausgedrückt wird eine Einwilligung durch jede Form des unangemessenen Drucks oder der Einflussnahme (die sich auf viele verschiedene Weisen manifestieren können) auf die betroffene Person, die diese von der Ausübung ihres freien Willens abhalten, unwirksam.

[Beispiel 1]

Eine mobile App zur Bildbearbeitung fordert ihre Nutzer zur Aktivierung ihrer GPS-Ortung für die Verwendung ihrer Dienste auf. Die Nutzer werden auch darauf hingewiesen, dass die erhobenen Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung verwendet werden. Für die Erbringung von Bildbearbeitungsdiensten ist weder eine Geolokalisierung noch verhaltensorientierte Werbung erforderlich. Diese gehen über die Lieferung der bereitgestellten Kernleistung hinaus. Da die Nutzer die App nicht verwenden können, ohne in diese Zwecke einzuwilligen, kann die Einwilligung nicht als freiwillig erteilt angesehen werden.

3.1.1. Ungleichgewicht der Macht

In Erwägungsgrund 43¹⁴ wird deutlich darauf hingewiesen, dass es unwahrscheinlich ist, dass sich **Behörden** für die Verarbeitung auf die Einwilligung stützen können, da häufig ein klares Ungleichgewicht zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person besteht, wenn es sich

¹¹ Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat in mehreren Stellungnahmen die Grenzen der Einwilligung in Situationen untersucht, in denen sie nicht freiwillig erteilt werden kann. Dies war insbesondere der Fall in ihrer Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), dem Arbeitspapier zur Verarbeitung von Patientendaten in elektronischen Patientenakten (EPA) (WP 131), der Stellungnahme 8/2001 zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten (WP 48) und der Zweiten Stellungnahme 4/2009 zum Internationalen Standard der Welt-Anti-Doping-Agentur (WADA) zum Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Informationen, zu entsprechenden Vorschriften des WADA-Codes und zu anderen Datenschutzfragen im Bereich des Kampfes gegen Doping im Sport durch die WADA und durch (nationale) Anti-Doping-Organisationen (WP 162).

¹² Siehe die Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 12.

¹³ Siehe die Erwägungsgründe 42 und 43 der DS-GVO und die Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung, angenommen am 13. Juli 2011 (WP 187), S. 12.

¹⁴ In Erwägungsgrund 43 der DS-GVO wird Folgendes festgestellt: „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. (...)“

bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt. Es ist auch eindeutig, dass die betroffene Person selten eine realistische Alternative zur Einwilligung in die Verarbeitung(sbedingungen) dieses Verantwortlichen hat. Die WP29 ist der Ansicht, dass es andere Rechtsgrundlagen gibt, die für die Tätigkeit einer Behörde grundsätzlich angemessener sind.¹⁵

Unbeschadet dieser allgemeinen Überlegungen wird die Verwendung der Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung durch Behörden im Rechtsrahmen der DS-GVO nicht vollständig ausgeschlossen. Die folgenden Beispiele zeigen, dass die Verwendung der Einwilligung unter bestimmten Umständen angemessen sein kann.

[Beispiel 2] Eine Gemeinde plant Straßeninstandhaltungsarbeiten. Da diese Straßenarbeiten den Verkehr vermutlich für eine lange Zeit unterbrechen werden, bietet die Gemeinde ihren Bürgern die Möglichkeit, sich in eine E-Mail-Liste einzutragen, um über den Fortschritt der Arbeiten und erwartete Verzögerungen informiert zu werden. Die Gemeinde macht deutlich, dass es keine Teilnahmeverpflichtung gibt und bittet um die Einwilligung, die E-Mail-Adressen für diesen (ausschließlichen) Zweck nutzen zu dürfen. Bürger, die nicht einwilligen, werden trotzdem in den Genuss der Kerndienstleistungen der Gemeinde kommen und alle Rechte ausüben können, so dass sie ihre Einwilligung in diese Verwendung ihrer Daten frei erteilen oder verweigern können. Die gesamten Informationen über die Straßenarbeiten werden auch auf der Website der Gemeinde zur Verfügung stehen.

[Beispiel 3] Eine Grundeigentümerin benötigt bestimmte Genehmigungen sowohl von ihrer Gemeinde als auch von der Regierung der Provinz, zu der die Gemeinde gehört. Beide öffentlichen Stellen benötigen dieselben Informationen für die Ausstellung ihrer Genehmigung, greifen aber nicht auf die jeweils andere Datenbank zu. Deshalb bitten sie um dieselben Informationen und die Landeigentümerin sendet beiden Behörden die Angaben. Die Gemeinde und die Provinzbehörde bitten sie um ihre Einwilligung zur Zusammenführung der Dateien, um doppelte Verfahren und Korrespondenz zu vermeiden. Beide Behörden gewährleisten, dass dies freiwillig ist und dass die Anträge auf Genehmigung weiterhin getrennt verarbeitet werden, wenn sich die Landeigentümerin gegen die Einwilligung in die Zusammenführung der Dateien entscheidet. Sie kann ihre Einwilligung in die Zusammenführung der Dateien freiwillig geben.

[Beispiel 4] Eine öffentliche Schule bittet ihre Schüler um Einwilligung, ihre Fotos für eine gedruckte Schülerzeitung verwenden zu dürfen. In dieser Situation wäre die Einwilligung eine echte Wahl, vorausgesetzt, den Schülern werden nicht Bildung oder Leistungen verwehrt und sie könnten sich gegen die Verwendung ihrer Fotos entscheiden, ohne Nachteile zu erleiden.¹⁶

Auch im **Beschäftigungskontext** tritt ein Ungleichgewicht der Macht auf.¹⁷ Angesichts der Abhängigkeit, die sich aus dem Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer ergibt, ist es unwahrscheinlich, dass die betroffene Person ihrem Arbeitgeber die Einwilligung in die Datenverarbeitung verweigern kann, ohne Angst zu haben oder wirklich Gefahr zu laufen, dass diese Weigerung zu Nachteilen führt. Es ist unwahrscheinlich, dass ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin frei auf ein Ersuchen seines/ihrer Arbeitgebers um Einwilligung beispielsweise in die Aktivierung von Überwachungssystemen wie einer Kameraüberwachung des Arbeitsplatzes

¹⁵ Siehe Artikel 6 der DS-GVO, insbesondere Absatz 1, Buchstaben c und e.

¹⁶ Für den Zweck dieses Beispiels bedeutet öffentliche Schule eine öffentlich finanzierte Schule oder jede Bildungseinrichtung, die gemäß dem nationalen Recht als Behörde oder öffentliche Stelle gilt.

¹⁷ Siehe auch Artikel 88 der DS-GVO, in dem die Notwendigkeit des Schutzes der besonderen Interessen von Arbeitnehmern betont und eine Möglichkeit für Ausnahmen vom Recht der Mitgliedstaaten geschaffen wird. Siehe auch Erwägungsgrund 155.

oder das Ausfüllen von Bewertungsformularen antworten kann, ohne sich gedrängt zu fühlen, die Einwilligung zu erteilen.¹⁸ Deshalb sieht es die WP29 als problematisch an, wenn Arbeitgeber die personenbezogenen Daten ihrer derzeitigen oder zukünftigen Arbeitnehmer auf der Grundlage der Einwilligung verarbeiten, da es unwahrscheinlich ist, dass diese freiwillig erteilt wurde. Für die meisten dieser Fälle der Datenverarbeitung am Arbeitsplatz kann und sollte die Rechtsgrundlage aufgrund der Natur des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht die Einwilligung des Arbeitnehmers sein (Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a).¹⁹

Das bedeutet jedoch nicht, dass sich Arbeitgeber nie auf die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung stützen können. Es kann Situationen geben, in denen der Arbeitgeber nachweisen kann, dass die Einwilligung tatsächlich freiwillig erteilt wird. Angesichts des Ungleichgewichts der Macht zwischen einem Arbeitgeber und seinen Angestellten können Arbeitnehmer ihre Einwilligung nur in Ausnahmefällen freiwillig geben, wenn es zu überhaupt keinen Nachteilen führt, ob sie ihre Einwilligung geben oder nicht.²⁰

[Beispiel 5]

Eine Film-Crew wird in einem bestimmten Teil eines Büros filmen. Der Arbeitgeber bittet alle Arbeitnehmer, die in diesem Teil der Büros sitzen um ihre Einwilligung, gefilmt zu werden, da sie möglicherweise im Hintergrund des Videos erscheinen. Diejenigen, die nicht gefilmt werden möchten, werden in keiner Weise bestraft, sondern erhalten für die Dauer der Filmaufnahmen einen entsprechenden Schreibtisch an einer anderen Stelle in dem Gebäude.

Ein Ungleichgewicht der Macht ist nicht auf Behörden und Arbeitgeber beschränkt, sondern kann auch in anderen Situationen auftreten. Wie die WP29 in verschiedenen Stellungnahmen betont hat, kann eine Einwilligung nur dann gültig sein, wenn die betroffene Person eine tatsächliche Wahlmöglichkeit hat und kein Risiko einer Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtlichen negativen Folgen (z. B. erhebliche Zusatzkosten) besteht, wenn sie die Einwilligung nicht erteilt. In Fällen, in denen Zwang oder Druck ausgeübt wird oder keine Möglichkeit zur Ausübung des freien Willens besteht, ist eine Einwilligung nicht frei.

3.1.2. Konditionalität

Artikel 7 Absatz 4 der DS-GVO spielt eine wichtige Rolle bei der Entscheidung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde.²¹

¹⁸ Siehe Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 12-14, Stellungnahme 8/2001 zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten (WP 48), Kapitel 10, Arbeitsdokument zur Überwachung der elektronischen Kommunikation von Beschäftigten (WP 55), Punkt 4.2 und Stellungnahme 2/2017 Datenverarbeitung im Arbeitsumfeld (WP 249), Punkt 6.2.

¹⁹ Siehe Stellungnahme 2/2017 zur Datenverarbeitung im Arbeitsumfeld, Seite 6-7.

²⁰ Siehe Stellungnahme 2/2017 zur Datenverarbeitung im Arbeitsumfeld (WP 249), Punkt 6.2.

²¹ Artikel 7 Absatz 4 der DS-GVO: „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.“ Siehe auch Erwägungsgrund 43 der DS-GVO, in dem festgestellt wird: „[...] 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.“

Artikel 7 Absatz 4 der DS-GVO weist unter anderem darauf hin, dass eine Situation, in der die Einwilligung mit der Annahme von Vertragsbedingungen „gebündelt“ wird oder die Erfüllung eines Vertrags oder die Erbringung einer Dienstleistung mit dem Ersuchen um Einwilligung in eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten „verknüpft“ wird, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind, als in höchstem Maße unerwünscht angesehen wird. Wird die Einwilligung in einer solchen Situation erteilt, gilt sie als nicht freiwillig erteilt (Erwägungsgrund 43). Mit Artikel 7 Absatz 4 soll sichergestellt werden, dass der Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten nicht getarnt oder mit der Erfüllung eines Vertrags oder der Erbringung einer Dienstleistung gebündelt wird, für die diese personenbezogenen Daten nicht erforderlich sind. Dadurch stellt die DS-GVO sicher, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, um deren Einwilligung ersucht wird, nicht direkt oder indirekt zur Gegenleistung für einen Vertrag werden kann. Die beiden Rechtsgrundlagen für die rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten, d. h. Einwilligung und Vertrag, können nicht zusammengeführt werden und ihre Grenzen dürfen nicht verschwimmen.

Der Zwang, in die Verwendung personenbezogener Daten über das unbedingt erforderliche Maß hinaus einzuwilligen, schränkt die Wahlmöglichkeiten der betroffenen Person ein und steht einer freiwillig erteilten Einwilligung im Wege. Da das Ziel des Datenschutzrechts der Schutz der Grundrechte ist, ist die Kontrolle des Einzelnen über seine personenbezogenen Daten von grundlegender Bedeutung und es besteht die starke Vermutung, dass eine Einwilligung in die nicht erforderliche Verarbeitung personenbezogener Daten nicht als eine zwingende Gegenleistung im Austausch für die Erfüllung eines Vertrags oder die Erbringung einer Dienstleistung gesehen werden kann.

Wenn der Verantwortliche die Erfüllung eines Vertrags mit dem Ersuchen um Einwilligung verknüpft, geht eine betroffene Person, die dem Verantwortlichen ihre personenbezogenen Daten nicht für die Verarbeitung zur Verfügung stellen möchte, folglich das Risiko ein, dass ihr Leistungen verwehrt werden, um die sie ersucht hat.

Zur Bewertung, ob eine solche Situation der Bündelung oder Verknüpfung vorliegt, muss festgestellt werden, welchen Umfang der Vertrag hat und welche Daten für die Erfüllung des Vertrags erforderlich wären.

Gemäß der Stellungnahme 6/2014 der WP29 ist der Begriff „erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags“ eng auszulegen. Die Verarbeitung muss für die Erfüllung des Vertrags mit jeder einzelnen betroffenen Person erforderlich sein. Dies kann beispielsweise die Verarbeitung der Anschrift der betroffenen Person umfassen, so dass online gekaufte Waren zugestellt werden können, oder die Verarbeitung von Kreditkartendetails zum Zwecke der Zahlungsdurchführung. Im Beschäftigungskontext kann dieser Rechtsgrund beispielsweise die Verarbeitung von Lohn- und Gehaltsinformationen sowie von Bankangaben gestatten, damit Löhne und Gehälter ausgezahlt werden können.²² Es muss eine direkte und objektive Verbindung zwischen der Verarbeitung der Daten und dem Zweck für die Erfüllung des Vertrags bestehen.

²² Für weitere Informationen und Beispiele siehe Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, von der WP29 angenommen am 9. April 2014, S. 16.17. (WP 217).

Wenn ein Verantwortlicher personenbezogene Daten verarbeiten möchte, die tatsächlich für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich sind, ist die Einwilligung nicht die geeignete Rechtsgrundlage.²³

Artikel 7 Absatz 4 ist nur dann maßgeblich, wenn die geforderten Daten **nicht** für die Erfüllung des Vertrags (einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung) erforderlich sind und die Erfüllung dieses Vertrags vom Erhalt dieser Daten auf der Grundlage der Einwilligung abhängig gemacht wird. Wenn die Verarbeitung dagegen erforderlich **ist**, um den Vertrag zu erfüllen (einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung), findet Artikel 7 Absatz 4 keine Anwendung.

[Beispiel 6]

Eine Bank ersucht die Kunden um Einwilligung, dass Dritte ihre Zahlungsdaten für Zwecke der Direktwerbung nutzen dürfen. Dieser Verarbeitungsvorgang ist für die Erfüllung des Vertrags mit dem Kunden und für die Bereitstellung der normalen Kontoführungsdienste nicht erforderlich. Wenn die Weigerung des Kunden, in diesen Verarbeitungszweck einzuwilligen, zu einer Verweigerung von Bankdienstleistungen, der Schließung des Bankkontos oder abhängig vom jeweiligen Fall zu einer Erhöhung der Gebühren führen würde, kann die Einwilligung nicht freiwillig erteilt werden.

Die Wahl des Gesetzgebers, unter anderem die Konditionalität als Annahme für das Fehlen einer freien Einwilligung hervorzuheben, zeigt, dass das Auftreten der Konditionalität sorgfältig geprüft werden muss. Der Begriff „in größtmöglichem Umfang Rechnung tragen“ in Artikel 7 Absatz 4 legt nahe, dass der Verantwortliche besondere Sorgfalt walten lassen muss, wenn ein Vertrag (zu dem auch die Erbringung einer Dienstleistung zählen könnte) mit dem Ersuchen um Einwilligung in die Verarbeitung der mit diesem Vertrag verbundenen personenbezogenen Daten verknüpft ist.

Da der Wortlaut von Artikel 7 Absatz 4 nicht auf absolute Weise ausgelegt wird, kann es sehr begrenzten Raum für Fälle geben, in denen diese Konditionalität die Einwilligung nicht ungültig machen würde. Der Begriff „gilt als“ in Erwägungsgrund 43 zeigt jedoch deutlich, dass solche Fälle die absolute Ausnahme darstellen werden.

In Artikel 7 Absatz 4 liegt die Beweislast jedenfalls eindeutig beim Verantwortlichen.²⁴ Diese spezifische Vorschrift spiegelt den generellen Grundsatz der Rechenschaftspflicht wider, der sich durch die gesamte DS-GVO zieht. Wenn Artikel 7 Absatz 4 jedoch Anwendung findet, wird es für den Verantwortlichen schwieriger, den Nachweis zu erbringen, dass die betroffene Person freiwillig eingewilligt hat.²⁵

²³ Dann könnte Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b (Vertrag) die geeignete Rechtsgrundlage sein.

²⁴ Siehe auch Artikel 7 Absatz 1 der DS-GVO, in welchem niedergelegt wird, dass der Verantwortliche beweisen muss, dass die Einwilligung der betroffenen Person freiwillig erfolgte.

²⁵ Die Einführung dieses Absatzes ist in gewissem Maße eine Kodifizierung der bestehenden Leitlinien der WP29. Wenn sich eine betroffene Person - aufgrund der Natur ihres Verhältnisses oder wegen besonderer Umstände - in einer Situation der Abhängigkeit von dem Verantwortlichen befindet, kann, wie in Stellungnahme 15/2011 beschrieben wurde, stark angenommen werden, dass die Freiheit der Einwilligung in einem solchen Kontext eingeschränkt ist (z. B. in einem Beschäftigungsverhältnis oder wenn die Datenerhebung von einer Behörde durchgeführt wird). Mit dem geltenden Artikel 7 Absatz 4 wird es für den Verantwortlichen schwieriger, den Nachweis zu erbringen, dass die betroffene Person freiwillig eingewilligt hat. Siehe: Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 12-17.

Der Verantwortliche könnte argumentieren, dass seine Organisation den betroffenen Personen eine echte Wahlmöglichkeit bietet, wenn diese die Möglichkeit hätten, zwischen einer Dienstleistung zu wählen, die die Einwilligung in die Verwendung personenbezogener Daten für zusätzliche Zwecke umfasst und einer vergleichbaren Dienstleistung, die von demselben Verantwortlichen angeboten wird und keine Einwilligung in die Verwendung von Daten für zusätzliche Zwecke beinhaltet. Solange die Möglichkeit besteht, dass der Verantwortliche den Vertrag erfüllt oder die Dienstleistungen erbringt, die Gegenstand des Vertrags sind, ohne dass in die fragliche andere oder zusätzliche Datennutzung eingewilligt werden muss, bedeutet dies, dass es nicht länger eine an Bedingungen geknüpfte Dienstleistung ist. Die beiden Dienstleistungen müssen jedoch wirklich gleichwertig sein.

Die WP29 vertritt die Ansicht, dass eine Einwilligung nicht als freiwillig erteilt angesehen werden kann, wenn ein Verantwortlicher argumentiert, dass eine Wahlmöglichkeit besteht zwischen seiner Dienstleistung, zu der die Einwilligung in die Verwendung personenbezogener Daten für zusätzliche Zwecke gehört und einer vergleichbaren Dienstleistung, die von einem anderen Verantwortlichen angeboten wird. In einem solchen Fall würde die Wahlmöglichkeit vom Verhalten anderer Marktteilnehmer abhängig gemacht werden und davon ob eine betroffene Einzelperson die Dienstleistungen des anderen Verantwortlichen wirklich als gleichwertig ansehen würde. Dies würde darüber hinaus bedeuten, dass der Verantwortliche die Entwicklungen des Marktes verfolgen müsste, um eine fortgesetzte Gültigkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitungstätigkeiten sicherzustellen, da ein Wettbewerber seine Dienstleistungen zu einem späteren Zeitpunkt ändern könnte. Die Verwendung dieses Arguments bedeutet folglich, dass die Einwilligung die Bedingungen der DS-GVO nicht einhält.

3.1.3. Granularität

Eine Dienstleistung kann zahlreiche Verarbeitungsvorgänge für mehr als einen Zweck umfassen. In solchen Fällen sollten die betroffenen Personen frei wählen können, welchen Zweck sie annehmen, statt in ein Bündel an Verarbeitungszwecken einwilligen zu müssen. In einem gegebenen Fall können nach der DS-GVO mehrere Einwilligungen gerechtfertigt sein, um eine Dienstleistung anzubieten.

In Erwägungsgrund 43 wird klargestellt, dass eine Einwilligung nicht als freiwillig erteilt gilt, wenn der Prozess/das Verfahren für das Einholen der Einwilligung es betroffenen Personen nicht ermöglicht, zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten gesondert eine Einwilligung zu erteilen (d. h. nur für einige Verarbeitungsvorgänge und für andere nicht), obwohl dies in dem entsprechenden Fall angemessen wäre. In Erwägungsgrund 32 wird Folgendes festgestellt: *„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.“*

Wenn der Verantwortliche verschiedene Zwecke für die Verarbeitung zusammengefasst hat und nicht versucht hat, gesonderte Einwilligungen für jeden Zweck einzuholen, fehlt die Freiheit. Diese Granularität ist eng verwandt mit dem Erfordernis, dass die Einwilligung für den bestimmten Fall

zu erteilen ist. Dies wird nachfolgend in Abschnitt 3.2 diskutiert. Werden mit der Datenverarbeitung mehrere Zwecke verfolgt, liegt die Lösung für die Einhaltung der Bedingungen für eine gültige Einwilligung in der Granularität, d. h. in der Trennung dieser Zwecke und dem Einholen der Einwilligung für jeden Zweck.

[Beispiel 7]

Ein Händler ersucht seine Kunden in demselben Einwilligungsersuchen um Einwilligung sowohl in die Verwendung ihrer Daten, um ihnen per E-Mail Werbung zu schicken als auch um ihre Angaben mit anderen Unternehmen innerhalb der Gruppe zu teilen. Hierbei handelt es sich nicht um eine granulare Einwilligung, da es keine gesonderten Einwilligungen für diese beiden getrennten Zwecke gibt. Deshalb ist die Einwilligung nicht wirksam. In diesem Fall sollte eine Einwilligung für den bestimmten Fall eingeholt werden, um die Kontaktdaten an Handelspartner zu schicken. Eine solche Einwilligung für den bestimmten Fall gilt für jeden Partner als gültig (siehe auch Abschnitt 3.3.1), dessen Identität gegenüber der betroffenen Person zu dem Zeitpunkt offengelegt wurde, als ihre Einwilligung eingeholt wurde, da sie ihr für denselben Zweck zugeschickt wurde (in diesem Fall: ein Werbezweck).

3.1.4. Nachteil

Der Verantwortliche muss nachweisen, dass es möglich ist, die Einwilligung zu verweigern oder zu widerrufen, ohne Nachteile zu erleiden (Erwägungsgrund 42). Er muss beispielsweise nachweisen, dass das Widerrufen der Einwilligung nicht zu Kosten für die betroffene Person führt und folglich zu einem eindeutigen Nachteil für diejenigen, die die Einwilligung widerrufen.

Andere Beispiele für Nachteile sind Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtliche negative Folgen, wenn die betroffene Person nicht einwilligt. Der Verantwortliche sollte nachweisen können, dass die betroffene Person eine echte oder freie Wahl hatte, ob sie einwilligt oder nicht, und die Einwilligung widerrufen konnte, ohne Nachteile zu erleiden.

Wenn ein Verantwortlicher nachweisen kann, dass eine Dienstleistung die Möglichkeit umfasst, die Einwilligung ohne negative Folgen zu widerrufen, z. B. ohne dass die Erbringung der Dienstleistung zum Nachteil des Nutzers herabgestuft wird, kann das helfen, zu zeigen, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wurde. Die DS-GVO schließt nicht alle Anreize aus, aber die Beweislast für den Nachweis, dass die Einwilligung unter allen Umständen freiwillig erteilt wurde, würde beim Verantwortlichen liegen.

[Beispiel 8]

Beim Herunterladen einer mobilen Lifestyle-App wird um die Einwilligung ersucht, Zugang zum Beschleunigungssensor des Telefons zu erhalten. Das ist für das Funktionieren der App nicht erforderlich, aber hilfreich für den Verantwortlichen, der mehr über die Bewegungen und das Aktivitätsniveau des Nutzers erfahren möchte. Wenn die Nutzerin diese Einwilligung später zurückzieht, stellt sie fest, dass die App dann nur noch in eingeschränktem Umfang funktioniert. Dies ist ein Beispiel für einen Nachteil im Sinne von Erwägungsgrund 42, was bedeutet, dass die Einwilligung nie gültig eingeholt wurde (folglich muss der Verantwortliche alle personenbezogenen Daten über die Bewegungen des Nutzers löschen, die er auf diese Weise erhalten hat).

[Beispiel 9]

Eine betroffene Person abonniert den Newsletter eines Modehändlers, der allgemeine Preisnachlässe bietet. Der Händler ersucht die betroffene Person um ihre Einwilligung in die Erhebung von mehr Daten zu Einkaufspräferenzen, um die Angebote basierend auf der Einkaufshistorie oder einem freiwillig auszufüllenden

Fragebogen an die Präferenzen der betroffenen Person anpassen zu können. Wenn die betroffene Person ihre Einwilligung später zurückzieht, erhält sie Preisnachlässe für Mode, die nicht mehr personalisiert sind. Dies stellt keinen Nachteil dar, da nur der zulässige Anreiz verloren gegangen ist.

[Beispiel: 10]

Ein Modemagazin bietet den Lesern die Möglichkeit, neue Make-up-Produkte zu erwerben, bevor diese offiziell auf den Markt kommen.

Die Produkte werden in Kürze zu kaufen sein, aber den Lesern des Magazins wird ein exklusives Vorrecht auf diese Produkte eingeräumt. Um in den Genuss dieses Vorteils zu gelangen, müssen sie ihre Postanschrift angeben und einwilligen, in die Versandliste des Magazins aufgenommen zu werden. Die Postanschrift ist für den Versand erforderlich und die Versandliste wird genutzt, um das ganze Jahr über kommerzielle Angebote für Produkte wie Kosmetika oder T-Shirts zu senden.

Das Unternehmen erklärt, dass die Daten auf der Versandliste ausschließlich für den Versand von Waren und Werbung von dem Magazin selbst genutzt werden und nicht an andere Organisationen weitergegeben werden. Sollte der Leser es nicht wünschen, seine Anschrift für diesen Zweck offenzulegen, würde ihm daraus kein Nachteil erwachsen, da ihm die Produkte sowieso zur Verfügung stehen werden.

3.2. Für bestimmte Zwecke

Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a bestätigt, dass die Einwilligung der betroffenen Person für „einen oder mehrere bestimmte“ Zwecke gegeben werden muss und dass eine betroffene Person in Bezug auf jeden dieser Zwecke eine Wahlmöglichkeit haben muss.²⁶ Mit der Forderung, dass die Einwilligung für einen „bestimmten“ Zweck sein muss, soll ein gewisses Maß an Kontrolle und Transparenz für die betroffene Person sichergestellt werden. Diese Anforderung wurde durch die DS-GVO nicht geändert und bleibt eng mit dem Erfordernis der Einwilligung „in Kenntnis der Sachlage“ verknüpft. Gleichzeitig muss sie in Übereinstimmung mit der Forderung nach „Granularität“ ausgelegt werden, um eine „freie“ Einwilligung zu erhalten.²⁷ Zusammenfassend ist Folgendes von Seiten des Verantwortlichen erforderlich, damit dem Element „bestimmte Zwecke“ entsprochen wird:

- (i) Zweckbestimmung als Schutz vor einer schleichenden Ausweitung der Zweckbestimmung;
- (ii) Granularität bei Ersuchen um Einwilligung und
- (iii) klare Trennung zwischen Informationen im Zusammenhang mit dem Einholen der Einwilligung in die Datenerarbeitung und Informationen zu anderen Angelegenheiten.

Add. (i): Gemäß Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b der DS-GVO geht dem Einholen einer gültigen Einwilligung stets die Bestimmung eines festgelegten, eindeutigen und legitimen Zwecks für die beabsichtigte Verarbeitungstätigkeit voraus.²⁸ Die Notwendigkeit, dass die Einwilligung für einen bestimmten Zweck erfolgen muss, funktioniert zusammen mit dem Konzept der Zweckbindung aus

²⁶ Weitere Anleitung zur Bestimmung der „Zwecke“ kann „Opinion 3/2013 on purpose limitation“ (WP 203) (Stellungnahme 3/2012 zur Zweckbindung) entnommen werden.

²⁷ In Erwägungsgrund 43 der DS-GVO wird festgestellt, dass wann immer es angebracht ist, gesonderte Einwilligungen zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen erforderlich sind. Es sollten granulare Einwilligungsmöglichkeiten geboten werden, damit die betroffenen Personen zu verschiedenen Zwecken eine gesonderte Einwilligung erteilen können.

²⁸ Siehe WP 29 Opinion 3/2013 on purpose limitation (WP 203), S. 16. „Aus diesen Gründen erfüllt ein Zweck, der vage oder allgemein ist, wie beispielsweise 'Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers', 'Werbezwecke', 'IT-Sicherheitszwecke' oder 'zukünftige Forschung' ohne nähere Angaben normalerweise nicht das Kriterium 'bestimmter Zweck'.“

Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b als Schutz vor einer schrittweisen Ausweitung oder einem Verwischen der Zwecke, für die die Daten verarbeitet werden, nachdem die betroffene Person in die anfängliche Erhebung ihrer Daten eingewilligt hat. Dieses Phänomen, das auch als schleichende Ausweitung der Zweckbestimmung bekannt ist, stellt ein Risiko für betroffene Personen dar, da es zu einer unerwarteten Verwendung personenbezogener Daten durch den Verantwortlichen oder durch Dritte und zu einem Kontrollverlust der betroffenen Person führen kann.

Wenn sich der Verantwortliche auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a stützt, muss die betroffene Person stets ihre Einwilligung für einen bestimmten Verarbeitungszweck geben.²⁹ In Übereinstimmung mit dem Konzept der *Zweckbindung*, Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b und Erwägungsgrund 32, kann die Einwilligung verschiedene Vorgänge abdecken, solange diese demselben Zweck dienen. Es muss nicht ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass eine Einwilligung für den bestimmten Fall nur dann eingeholt werden kann, wenn die betroffenen Parteien speziell über die beabsichtigte Verwendung der sie betreffenden personenbezogenen Daten informiert werden.

Trotz der Bestimmungen zur Vereinbarkeit der Zwecke muss die Einwilligung für diesen Zweck bestimmt sein. Betroffene Personen erteilen ihre Einwilligung in dem Verständnis, dass sie die Kontrolle haben und ihre Daten lediglich für diese festgelegten Zwecke verwendet werden. Wenn ein Verantwortlicher Daten auf der Grundlage der Einwilligung verarbeitet und die Daten noch für einen anderen Zweck verarbeiten möchte, muss er eine zusätzliche Einwilligung für diesen anderen Zweck einholen, sofern keine andere Rechtsgrundlage vorliegt, die für die Situation besser geeignet ist.

[Beispiel 11] Gestützt auf Einwilligungen der betroffenen Personen erhebt ein Kabelfernsehzweck personenbezogene Daten der Abonnenten, um ihnen aufgrund ihrer Fernsehgewohnheiten persönliche Vorschläge für neue Filme zu unterbreiten. Nach einer Weile wird entschieden, dass es Dritten ermöglicht werden soll, basierend auf den Sehgewohnheiten der Abonnenten gezielte Werbung zu schicken (oder zu zeigen). Angesichts des neuen Zwecks ist eine neue Einwilligung erforderlich.

Add. (ii): Einwilligungsmechanismen müssen nicht nur granular sein, um das Erfordernis „frei“ zu erfüllen, sondern sie müssen auch das Element „für den bestimmten Fall“ erfüllen. Das bedeutet, dass ein Verantwortlicher, der die Einwilligung für verschiedene unterschiedliche Zwecke einholen möchte, für jeden Zweck ein gesondertes Opt-in bereitstellen sollte, damit die Nutzer für bestimmte Zwecke eine konkrete Einwilligung erteilen können.

Add. (iii): Abschließend sollte der Verantwortliche mit jedem Ersuchen um gesonderte Einwilligung spezifische Informationen über die Daten erteilen, die für jeden Zweck verarbeitet werden, um den betroffenen Personen die Auswirkungen der unterschiedlichen Wahlmöglichkeiten zu verdeutlichen, die sie haben. So werden die betroffenen Personen dazu in die Lage versetzt, die Einwilligung für den bestimmten Fall zu erteilen. Dieses Thema überschneidet sich mit der

²⁹ Dies entspricht der Stellungnahme 15/2011 der WP29 zur Definition von Einwilligung (WP 187), beispielsweise auf S. 17.

Anforderung, dass die Verantwortlichen eindeutige Informationen erteilen. Dies wird in Absatz 3.3 diskutiert.

3.3. In Kenntnis der Sachlage

Die DS-GVO verstärkt das Erfordernis, dass die Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erfolgen muss. Basierend auf Artikel 5 der DS-GVO ist das Erfordernis von Transparenz einer der wesentlichen Grundsätze, die eng mit den Grundsätzen der Verarbeitung nach Treu und Glauben und der Rechtmäßigkeit verknüpft sind. Es ist von grundlegender Bedeutung, den betroffenen Personen Informationen bereitzustellen, bevor ihre Einwilligung eingeholt wird, um es ihnen zu ermöglichen, Entscheidungen in Kenntnis der Sachlage zu treffen, zu verstehen, in was sie einwilligen und beispielsweise ihr Recht auszuüben, ihre Einwilligung zu widerrufen. Wenn der Verantwortliche keine zugänglichen Informationen bereitstellt, wird die Kontrolle durch den Nutzer illusorisch und dann ist die Einwilligung eine ungültige Grundlage für die Verarbeitung.

Wenn das Erfordernis der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage nicht eingehalten wird, ist die Einwilligung ungültig und der Verantwortliche verstößt möglicherweise gegen Artikel 6 der DS-GVO.

3.3.1. Mindestanforderungen an den Inhalt, damit die Einwilligung „in informierter Weise“ erfolgt

Damit eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erfolgt, muss die betroffene Person über bestimmte Elemente informiert werden, die für die Entscheidungsfindung wesentlich sind. Deshalb vertritt die WP29 die Auffassung, dass mindestens die folgenden Informationen erforderlich sind, damit eine Einwilligung gültig ist:

- (i) die Identität des Verantwortlichen,³⁰
- (ii) der Zweck jedes Verarbeitungsvorgangs, für den die Einwilligung eingeholt wird,³¹
- (iii) die (Art) Daten, die erhoben und verwendet werden,³²
- (iv) das Vorliegen des Rechts, die Einwilligung zu widerrufen,³³
- (v) gegebenenfalls Informationen über die Verwendung der Daten für eine automatisierte Entscheidungsfindung gemäß Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe c³⁴, und
- (vi) Angaben zu möglichen Risiken von Datenübermittlungen ohne Vorliegen eines Angemessenheitsbeschlusses und ohne geeignete Garantien gemäß Artikel 46³⁵.

³⁰ Siehe auch Erwägungsgrund 42 der DS-GVO: „[...] 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. [...]“

³¹ Siehe erneut Erwägungsgrund 42 der DS-GVO.

³² Siehe auch Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 19-20.

³³ Siehe Artikel 7 Absatz 3 der DS-GVO.

³⁴ Siehe auch die Leitlinien der WP29 „Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation“ 2016/679 (WP251) (Leitlinien zu automatisierten Einzelentscheidungen und Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679), Absatz IV.B. S. 20 ff.

³⁵ Gemäß Artikel 49 Absatz 1 Buchstabe a sind spezifische Informationen über das Nichtvorliegen von in Artikel 46 beschriebenen Garantien erforderlich, wenn eine ausdrückliche Einwilligung eingeholt werden soll. Siehe auch Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 19.

In Bezug auf die Punkte (i) und (iii) stellt die WP29 fest, dass in einem Fall, in dem sich mehrere (gemeinsame) Verantwortliche auf die ersuchte Einwilligung stützen wollen, oder in dem die Daten an andere Verantwortliche übermittelt oder von anderen Verantwortlichen verarbeitet werden sollen, die sich auf die ursprüngliche Einwilligung stützen möchten, alle diese Organisationen genannt werden sollten. Auftragsverarbeiter müssen nicht im Rahmen des Erfordernisses der Einwilligung genannt werden, wenngleich die Verantwortlichen eine vollständige Liste der Empfänger oder Kategorien von Empfängern einschließlich der Auftragsverarbeiter bereitstellen müssen, um die Artikel 13 und 14 der DS-GVO einzuhalten. Abschließend stellt die WP29 fest, dass abhängig von den Umständen und dem Kontext des jeweiligen Falls möglicherweise mehr Informationen erforderlich sind, damit die betroffene Person die entsprechenden Verarbeitungsvorgänge wirklich versteht.

3.3.2. Wie Informationen bereitzustellen sind

Die DS-GVO schreibt nicht vor, in welcher Form die Informationen bereitzustellen sind, um das Erfordernis der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage zu erfüllen. Das heißt, dass gültige Informationen auf verschiedene Weise vorgelegt werden können, beispielsweise als schriftliche oder mündliche Erklärungen oder als Audio- oder Videonachrichten. Die DS-GVO legt jedoch insbesondere in Artikel 7 Absatz 2 und in Erwägungsgrund 32 verschiedene Anforderungen im Hinblick auf eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage fest. Dies führt zu einem höheren Standard in Bezug auf die Klarheit und Zugänglichkeit von Informationen.

Verantwortliche sollten sicherstellen, dass sie beim Einholen der Einwilligung in allen Fällen eine klare und einfache Sprache verwenden. Dies bedeutet, dass die Nachricht für Durchschnittspersonen und nicht nur für Rechtsanwälte leicht zu verstehen sein sollte. Verantwortliche dürfen keine langen Datenschutzbestimmungen verwenden, die schwierig zu verstehen sind, oder Erklärungen, die mit juristischen Fachausdrücken gespickt sind. Die Einwilligung muss deutlich und von anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden sein und in verständlicher und leicht zugänglicher Form erfolgen. Diese Anforderung bedeutet im Wesentlichen, dass die Informationen, die für das Treffen einer Entscheidung in Kenntnis der Sachlage maßgeblich sind, nicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen versteckt werden dürfen.³⁶

Ein Verantwortlicher muss sicherstellen, dass die Einwilligung auf der Grundlage von Informationen erfolgt, die es den betroffenen Personen ermöglichen, leicht zu erkennen, wer der Verantwortliche ist, und zu verstehen, in was sie einwilligen. Der Verantwortliche muss den Zweck der Datenverarbeitung, für den die Einwilligung erfolgen soll, deutlich erklären.³⁷

Die WP29 hat in ihren Leitlinien zur Transparenz weitere spezielle Anleitungen zur Zugänglichkeit gegeben. Soll die Einwilligung auf elektronischem Weg gegeben werden, so muss die Aufforderung in klarer und knapper Form erfolgen. Mehrschichtige und granulare Informationen können ein

³⁶ Die Einwilligungserklärung muss als solche bezeichnet werden. Wortlaute wie „Mir ist bekannt, dass ...“ erfüllen nicht die Anforderung einer klaren Sprache.

³⁷ Siehe Artikel 4 Nummer 11 und Artikel 7 Absatz 2 der DS-GVO.

geeigneter Weg sein, um die doppelte Verpflichtung zu erfüllen, auf der einen Seite präzise und vollständig und auf der anderen Seite verständlich zu sein.

Ein Verantwortlicher muss prüfen, welche Art von Zielgruppe seiner Organisation ihre personenbezogenen Daten zur Verfügung stellt. Wenn zur Zielgruppe beispielsweise minderjährige betroffene Personen zählen, wird erwartet, dass der Verantwortliche sicherstellt, dass Minderjährige die Informationen verstehen.³⁸ Nachdem sie die Zielgruppe ermittelt haben, müssen die Verantwortlichen entscheiden, welche Informationen sie bereitstellen sollten und wie sie den betroffenen Personen diese Informationen dann darbieten.

Artikel 7 Absatz 2 geht auf vorformulierte, schriftliche Einwilligungserklärungen ein, die noch andere Sachverhalte betreffen. Wird im Rahmen eines Vertrags (in Schriftform) um Einwilligung ersucht, sollte das Ersuchen um Einwilligung von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden sein. Enthält der schriftliche Vertrag viele Aspekte, die mit der Frage der Einwilligung in die Verwendung der personenbezogenen Daten nicht in Zusammenhang stehen, sollte die Frage der Einwilligung entweder in einem anderen Dokument oder auf eine Weise behandelt werden, die sich deutlich abhebt. Erfolgt die Aufforderung zur Einwilligung auf elektronischem Weg, gilt entsprechend, dass diese gemäß Erwägungsgrund 32 in gesonderter und klarer Form erfolgen muss und nicht einfach ein Absatz in den Geschäftsbedingungen sein kann.³⁹ Es kann gegebenenfalls erwogen werden, die Informationen mehrschichtig zu präsentieren, um auf kleine Bildschirme oder Situationen Rücksicht zu nehmen, in denen nur begrenzt Platz für Informationen zur Verfügung steht, und um eine übermäßige Störung der Nutzererfahrung oder des Produktdesigns zu vermeiden.

Ein Verantwortlicher, der sich auf die Einwilligung einer betroffenen Person verlässt, muss auch mit den getrennten Informationspflichten umgehen, die in den Artikeln 13 und 14 niedergelegt sind, um die DS-GVO einzuhalten. In der Praxis kann die Einhaltung der Informationspflichten und des Erfordernisses der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage in vielen Fällen zu einem integrierten Ansatz führen. Dieser Abschnitt wurde jedoch in dem Verständnis verfasst, dass eine gültige Einwilligung „in Kenntnis der Sachlage“ vorliegen kann, selbst wenn nicht alle Elemente der Artikel 13 und/oder 14 beim Einholen der Einwilligung genannt werden (diese Punkte sollten selbstverständlich an anderen Stellen genannt werden, wie z. B. in der Datenschutzerklärung eines Unternehmens). Die WP29 hat gesonderte Leitlinien zur Vorgabe der Transparenz herausgegeben.

[Beispiel 12]

Das Unternehmen X ist ein Verantwortlicher, der Beschwerden erhalten hat, dass es für betroffene Personen nicht verständlich ist, für welche Zwecke der Datennutzung sie um Einwilligung gebeten wurden. Das Unternehmen sieht die Notwendigkeit, zu überprüfen, ob seine Informationen in dem Ersuchen um Einwilligung für die betroffenen Personen verständlich sind. X organisiert freiwillige Testgruppen bestimmter Kategorien seiner Kunden und legt ihnen aktualisierte Fassungen der Informationen zur Einwilligung vor, bevor diese veröffentlicht werden. Bei der Auswahl der Gruppen wird der Grundsatz der Unabhängigkeit

³⁸ Siehe auch Erwägungsgrund 58 in Bezug auf Informationen, die für Kinder verständlich sind.

³⁹ Siehe auch Erwägungsgrund 42 und Richtlinie 93/13/EG, insbesondere Artikel 5 (klare und verständliche Sprache, im Zweifelsfall gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung) und Artikel 6 (Ungültigkeit missbräuchlicher Klauseln, Vertrag bleibt ohne diese Klauseln weiter bestehen, wenn er so noch sinnvoll ist, andernfalls ist der gesamte Vertrag ungültig).

beachtet und sie erfolgt anhand von Standards, die ein repräsentatives, unparteiisches Ergebnis sicherstellen. Die Testgruppe erhält einen Fragebogen und die Befragten geben an, was sie von den Informationen verstanden haben und wie sie diese in Bezug auf Verständlichkeit und Relevanz der Informationen einstufen würden. Der Verantwortliche fährt mit den Tests solange fort, bis die Gruppen angeben, dass die Informationen verständlich sind. X schreibt einen Bericht über den Test und bewahrt ihn für zukünftige Bezugnahmen auf. Dieses Beispiel zeigt einen möglichen Weg für X, um nachzuweisen, dass die betroffenen Personen klare Informationen erhalten haben, bevor sie in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch X eingewilligt haben.

[Beispiel 13]

Ein Unternehmen verarbeitet Daten auf der Grundlage der Einwilligung. Das Unternehmen verwendet eine mehrschichtige Datenschutzerklärung, die auch ein Ersuchen um Einwilligung umfasst. Das Unternehmen legt alle grundlegenden Angaben zum Verantwortlichen und den geplanten Datenverarbeitungstätigkeiten offen.⁴⁰ Das Unternehmen gibt jedoch nicht in der ersten Informationsschicht der Erklärung an, wie ihr Datenschutzbeauftragter kontaktiert werden kann. Für die Zwecke einer gültigen Rechtsgrundlage im Sinne von Artikel 6 hat dieser Verantwortliche eine gültige Einwilligung „in Kenntnis der Sachlage“ eingeholt, selbst wenn der betroffenen Person die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten nicht gemäß Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe b oder Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b der DS-GVO (in der ersten Informationsschicht) mitgeteilt wurden.

3.4. Unmissverständlich abgegebene Willensbekundung

Die DS-GVO macht deutlich, dass eine Einwilligung eine Erklärung oder eine eindeutige bestätigende Handlung von Seiten der betroffenen Person erfordert, was bedeutet, dass die Einwilligung stets durch eine aktive Handlung oder Erklärung erteilt werden muss. Es muss offensichtlich sein, dass die betroffene Person in diese bestimmte Verarbeitung eingewilligt hat.

In Artikel 2 Buchstabe h der Richtlinie 95/46/EG wird Einwilligung beschrieben als „Willensbekundung, [...] mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.“ Artikel 4 Absatz 11 der DS-GVO baut auf dieser Definition auf, indem er in Übereinstimmung mit den vorher herausgegebenen Leitlinien der WP29 klargestellt, dass eine gültige Einwilligung eine *unmissverständlich* abgegebene Willensbekundung in Form einer *Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung* erfordert.

Eine „eindeutig bestätigende Handlung“ bedeutet, dass die betroffene Person eine bewusste Handlung zur Einwilligung in die bestimmte Verarbeitung vorgenommen haben muss.⁴¹ In

⁴⁰ Es wird darauf hingewiesen, dass es für den Verantwortlichen schwer sein wird, nachzuweisen, dass die betroffene Person ihre Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erteilt hat, wenn die Identität des Verantwortlichen oder der Zweck der Verarbeitung im Fall einer mehrschichtigen Datenschutzerklärung nicht in der ersten Informationsschicht mitgeteilt wird (sondern wenn sie sich in weiteren Unterebenen befinden), es sei denn, der für die Datenverarbeitung Verantwortliche kann nachweisen, dass die jeweilige betroffene Person Zugriff auf diese Informationen genommen hat, bevor sie ihre Einwilligung erteilt hat.

⁴¹ Siehe das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen „Impact Assessment“ (Folgenabschätzung), Anhang 2, S. 20 und S. 105-106. „Wie auch in der von der WP 29 angenommenen Stellungnahme zur Einwilligung gezeigt wurde, scheint die Klarstellung wesentlich zu sein, dass eine Einwilligung ohne jeden Zweifel die Nutzung von Mechanismen erforderlich macht, die keinen Zweifel an der Zustimmungabsicht der betroffenen Person lassen, während sie gleichzeitig - im Kontext der Online-Umgebung - klar machen, dass die Verwendung von Standardeinstellungen, die die betroffene Person ändern muss, um die Verarbeitung abzulehnen („auf Schweigen basierende Einwilligung“) nicht in sich eine Einwilligung ohne jeden Zweifel darstellt.“ Das würde den Einzelpersonen mehr Kontrolle über ihre eigenen Daten geben, wenn diese auf der Grundlage ihrer Einwilligung verarbeitet werden. Auf den für die Verarbeitung

Erwägungsgrund 32 wird dies näher dargelegt. Eine Einwilligung kann durch eine schriftliche oder (aufgezeichnete) mündliche Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, eingeholt werden.

Der wortgetreueste Weg zur Erfüllung des Kriteriums „schriftliche Erklärung“ ist, sicherzustellen, dass die betroffene Person einen Brief oder eine E-Mail an den Verantwortlichen schreibt, in dem/der sie erklärt, in was sie genau einwilligt. Das ist jedoch häufig unrealistisch. Schriftliche Erklärungen können viele Formen und Ausmaße annehmen, die mit der DS-GVO konform wären.

Unbeschadet des bestehenden (innerstaatlichen) Vertragsrechts kann eine Einwilligung durch eine aufgezeichnete mündliche Erklärung erhalten werden, auch wenn hier auf die Informationen zu achten ist, die der betroffenen Person zur Verfügung stehen, bevor sie ihre Einwilligung erteilt. Die Verwendung bereits angekreuzter Kästchen ist gemäß der DS-GVO ungültig. Stillschweigen oder Untätigkeit der betroffenen Person sowie das einfache Fortfahren mit einer Dienstleistung können nicht als wirksamer Hinweis auf eine Wahlmöglichkeit angesehen werden.

[Beispiel 14]

Bei der Installation von Software ersucht die Anwendung die betroffene Person um Einwilligung in die Verwendung nicht anonymisierter Berichte über Softwareabstürze, um die Software zu verbessern. Das Einwilligungsersuchen wird ergänzt durch eine mehrschichtige Datenschutzerklärung, in der die erforderlichen Informationen gegeben werden. Durch aktives Anklicken des fakultativen Kästchens mit der Bezeichnung „Ich willige ein“, kann der Nutzer auf gültige Weise eine „eindeutig bestätigende Handlung“ ausführen, um in die Verarbeitung einzuwilligen.

Ein Verantwortlicher muss auch beachten, dass eine Einwilligung nicht durch denselben Vorgang erteilt werden kann, mit dem einem Vertrag oder den allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Dienstleistung zugestimmt wird. Eine pauschale Annahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen kann nicht als eindeutige bestätigende Handlung in die Einwilligung der Verwendung personenbezogener Daten gesehen werden. Die DS-GVO erlaubt es den Verantwortlichen nicht, bereits angekreuzte Kästchen oder Opt-out-Konstruktionen zu verwenden, die ein Handeln der betroffenen Person erfordern, um eine Zustimmung zu verhindern (zum Beispiel „Opt-out-Kästchen“).⁴²

Erfolgt die Aufforderung zur Einwilligung auf elektronischem Weg, so sollte die Aufforderung zur Einwilligung ohne *unnötige* Unterbrechung des Dienstes, für den die Einwilligung gegeben wird, erfolgen.⁴³ Wenn eine weniger beeinträchtigende oder störende Methode zu Unklarheiten führen würde, kann eine aktive bestätigende Handlung erforderlich sein, mit der die betroffene Person ihre

Verantwortlichen würde sich das nicht sehr stark auswirken, da die Konsequenzen der aktuellen Richtlinie in Bezug auf die Voraussetzung für eine gültige und aussagekräftige Einwilligung von Seiten der betroffenen Person verdeutlicht und klargestellt werden. Insbesondere insoweit als „ausdrückliche“ Einwilligung - anstelle von „ohne jeden Zweifel“ - die Modalitäten und die Qualität der Einwilligung verdeutlichen würde und zeigen würde, dass sie nicht über die Fälle und Situationen hinausgehen soll, für die die (ausdrückliche) Einwilligung die Grundlage für die Verarbeitung sein sollte, wird keine große Auswirkung dieser Maßnahme auf die für die Verarbeitung Verantwortlichen erwartet.“

⁴² Siehe Artikel 7 Absatz 2. Siehe auch Arbeitsunterlage 02/2013 mit Leitlinien für die Einholung der Einwilligung zur Verwendung von Cookies (WP208), S. 3-6

⁴³ Siehe Erwägungsgrund 32 der DS-GVO.

Einwilligung zeigt. Folglich kann es erforderlich sein, dass eine Aufforderung zur Einwilligung den Dienst in einem gewissen Maß unterbricht, damit die Aufforderung wirksam wird.

Es ist den Verantwortlichen jedoch im Rahmen der Vorschriften der DS-GVO freigestellt, einen Einwilligungsablauf zu entwickeln, der zu ihrer Organisation passt. In dieser Hinsicht kann eine physische Handlung als eindeutige bestätigende Handlung angesehen werden, die mit der DS-GVO konform ist.

Die Verantwortlichen sollten die Einwilligungsmechanismen so konzipieren, dass sie für die betroffenen Personen verständlich sind. Die Verantwortlichen müssen Unklarheiten vermeiden und sicherstellen, dass die Handlung, mit der die Einwilligung erteilt wird, von anderen Handlungen unterschieden werden kann. Wenn die gewöhnliche Nutzung der Website schlicht weitergeführt wird, ist dies deshalb kein Verhalten, aus dem ein Hinweis der betroffenen Person geschlossen werden könnte, dass sie ihre Einwilligung zu einem vorgeschlagenen Verarbeitungsvorgang zum Ausdruck bringen möchte.

[Beispiel 15]

Über eine Bildschirmleiste zu wischen, vor einer Smart-Kamera zu winken, ein Smartphone im Uhrzeigersinn zu drehen oder in Form einer Acht zu bewegen, können Möglichkeiten sein, um die Einwilligung zu zeigen, solange klare Informationen gegeben werden und es eindeutig ist, dass die betreffende Handlung die Einwilligung in ein bestimmtes Ersuchen darstellt (z. B. Wenn sie auf der Leiste nach links wischen, willigen Sie in die Verwendung der Information X für den Zweck Y ein. Zur Bestätigung den Vorgang wiederholen.). Der Verantwortliche muss nachweisen können, dass die Einwilligung auf diese Weise erhalten wurde und die betroffenen Personen müssen ihre Einwilligung so leicht widerrufen können, wie sie sie erteilt haben.

[Beispiel 16]

Durch eine Website zu scrollen oder zu wischen erfüllt nicht die Anforderung einer eindeutigen bestätigenden Handlung. Das liegt daran, dass der Hinweis, dass ein Fortsetzen des Scrollens eine Einwilligung darstellt, schwierig zu erkennen sein kann und/oder übersehen werden kann, wenn die betroffene Person schnell durch große Textmengen scrollt und eine solche Handlung nicht ausreichend eindeutig ist.

Im digitalen Kontext benötigen viele Dienstleistungen personenbezogene Daten, um funktionieren zu können. Folglich erhalten die betroffenen Personen zahlreiche Einwilligungsaufforderungen, die jeden Tag durch Anklicken oder Wischen beantwortet werden müssen. Das kann zu einem gewissen Maß an Müdigkeit gegenüber dem Anklicken führen: wenn die betroffenen Personen zu häufig mit dem Einwilligungsmechanismus konfrontiert werden, nimmt seine warnende Wirkung ab.

Dies führt zu einer Situation, in der Ersuchen um Einwilligung nicht mehr gelesen werden. Dies stellt insbesondere für die betroffenen Personen ein Risiko dar, da üblicherweise um Einwilligung in Vorgänge ersucht wird, die ohne Einwilligung grundsätzlich rechtswidrig sind. Die DS-GVO verpflichtet die Verantwortlichen dazu, Wege zu finden, um dieses Problem zu lösen.

Ein häufig erwähntes Beispiel, wie dies im Online-Umfeld erreicht werden könnte, ist das Einholen der Einwilligung von den Internetnutzern durch die Browser-Einstellungen. Diese Einstellungen sollten im Einklang mit den Bedingungen der DS-GVO für eine gültige Einwilligung entwickelt werden, beispielsweise, dass die Einwilligung für jeden geplanten Zweck granular zu sein hat und dass zu den bereit zu stellenden Informationen der Name des Verantwortlichen zählen sollte.

Die Einwilligung muss auf jeden Fall eingeholt werden, bevor der Verantwortliche mit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten beginnt, für die die Einwilligung benötigt wird. Die WP29 hat in früheren Stellungnahmen durchgängig die Meinung vertreten, dass die Einwilligung vor Beginn der Verarbeitungstätigkeit erteilt werden sollte.⁴⁴ Obwohl die DS-GVO in Artikel 4 Absatz 11 nicht wortwörtlich vorschreibt, dass die Einwilligung vor Beginn der Verarbeitungstätigkeit eingeholt werden muss, wird es eindeutig impliziert. Die Überschrift von Artikel 6 Absatz 1 und der Wortlaut „hat gegeben“ in Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a unterstützen diese Auslegung. Die logische Folgerung aus Artikel 6 und Erwägungsgrund 40 ist, dass vor Beginn der Verarbeitungstätigkeit eine gültige Rechtsgrundlage vorliegen muss. Folglich sollte die Einwilligung vor Beginn der Verarbeitungstätigkeit vorliegen. Grundsätzlich kann es ausreichen, die betroffene Person einmalig um ihre Einwilligung zu ersuchen. Die Verantwortlichen müssen jedoch eine neue ausdrückliche Einwilligung einholen, wenn sich die Zwecke der Datenverarbeitung ändern, nachdem die Einwilligung eingeholt wurde oder wenn ein zusätzlicher Zweck vorgesehen wird.

4. Einholen der ausdrücklichen Einwilligung

Eine ausdrückliche Einwilligung ist in bestimmten Situationen erforderlich, in denen ein ernstes Datenschutzrisiko auftritt, wenn also ein hohes Maß an individueller Kontrolle über personenbezogene Daten für angebracht gehalten wird. In der DS-GVO spielt die ausdrückliche Einwilligung eine Rolle in Artikel 9 über die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, den Bestimmungen zur Übermittlungen von Daten an ein Drittland oder an eine internationale Organisation in Artikel 49⁴⁵ und in Artikel 22 über automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling.⁴⁶

Die DS-GVO schreibt vor, dass eine „Erklärung oder eindeutige bestätigende Handlung“ die Voraussetzung für eine „ordnungsgemäße“ Einwilligung ist. Da die Anforderung einer „ordnungsgemäßen“ Einwilligung in der DS-GVO bereits einen höheren Standard einnimmt, als das Erfordernis der Einwilligung in der Richtlinie 95/46/EG, muss geklärt werden, welche zusätzlichen Anstrengungen ein Verantwortlicher unternehmen sollte, um eine *ausdrückliche* Einwilligung der betroffenen Person im Sinne der DS-GVO zu erhalten.

⁴⁴ Die WP29 hat diese Meinung durchgängig seit ihrer Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 30-31, beibehalten.

⁴⁵ Gemäß Artikel 49 Absatz 1 Buchstabe a der DS-GVO kann eine ausdrückliche Einwilligung das Verbot zur Übermittlung von Daten in Länder ohne angemessene Datenschutzgesetze aufheben. Siehe auch das Arbeitspapier über eine gemeinsame Auslegung des Artikels 26 Absatz 1 der Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 (WP 114), S. 11, in dem die WP29 darauf hingewiesen hat, dass die Einwilligung ungeeignet ist für die Übermittlung von Daten, die in regelmäßigen Abständen oder kontinuierlich stattfindet.

⁴⁶ In Artikel 22 führt die DS-GVO Bestimmungen zum Schutz der betroffenen Personen vor Entscheidungen ein, die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung — einschließlich Profiling — beruhen. Unter bestimmten rechtlichen Bedingungen sind Entscheidungen zulässig, die auf dieser Grundlage getroffen wurden. Die Einwilligung spielt bei diesem Schutzmechanismus eine große Rolle. So wird in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe c der DS-GVO klargestellt, dass ein Verantwortlicher mit einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung — einschließlich Profiling — beruhenden Entscheidung, die die betroffene Person erheblich beeinträchtigen kann, fortfahren kann, wenn die betroffene Person eingewilligt hat. Die WP29 hat zu diesem Thema gesonderte Leitlinien erstellt: WP29 Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (WP251).

Der Begriff *ausdrücklich* bezieht sich darauf, wie die betroffene Person ihre Einwilligung zum Ausdruck bringt. Er bedeutet, dass die betroffene Person eine ausdrückliche Einwilligungserklärung abgeben muss. Ein offensichtlicher Weg zum Einholen einer ausdrücklichen Einwilligung wäre, dass die Einwilligung in einer schriftlichen Erklärung ausdrücklich bestätigt wird. Der Verantwortliche könnte gegebenenfalls sicherstellen, dass die Erklärung von der betroffenen Person unterzeichnet wird, um alle möglichen Zweifel und einen möglicherweise fehlenden Nachweis für die Zukunft aus dem Weg zu räumen.⁴⁷

Eine solche unterzeichnete Einwilligung ist jedoch nicht der einzige Weg, eine ausdrückliche Einwilligung zu erhalten und es kann nicht gesagt werden, dass die DS-GVO in allen Situationen, die einer gültigen, ausdrücklichen Einwilligung bedürfen, schriftliche und unterschriebene Erklärungen vorschreibt. Im digitalen oder Online-Kontext beispielsweise kann eine betroffene Person die erforderliche Erklärung durch Ausfüllen eines elektronischen Formulars, Senden einer E-Mail, Hochladen eines eingescannten Dokuments, das von der betroffenen Person unterzeichnet wurde oder durch Verwenden einer elektronischen Signatur erteilen. Theoretisch kann auch die Verwendung mündlicher Erklärungen ausreichen, um eine gültige, ausdrückliche Einwilligung zu erhalten; es kann jedoch für den Verantwortlichen schwierig sein, den Nachweis zu erbringen, dass zum Zeitpunkt der Aufzeichnung der Erklärung alle Bedingungen für eine gültige, ausdrückliche Einwilligung erfüllt waren.

Eine Organisation kann auch durch ein Telefongespräch eine gültige, ausdrückliche Einwilligung erhalten, vorausgesetzt, die Informationen über die Wahlmöglichkeit erfolgen nach Treu und Glauben, sind verständlich und klar, und die Organisation fordert die betroffene Person zur Abgabe einer bestimmten Bestätigung auf (z. B. Drücken eines Knopfes oder Abgeben einer mündlichen Bestätigung).

[Beispiel 17] Ein Verantwortlicher kann von Besuchern seiner Website auch eine ausdrückliche Einwilligung erhalten, indem er einen Bildschirm mit „Ja“- oder „Nein“-Auswahlkästchen für das Erteilen einer ausdrücklichen Einwilligung anbietet, vorausgesetzt, in dem Text wird die Einwilligung deutlich gezeigt. Ein Beispiel hierfür wäre: „Hiermit willige ich in die Verarbeitung meiner Daten ein“. Der Text „Es ist klar, dass meine Daten verarbeitet werden“ erfüllt diese Kriterien dagegen nicht. Es muss nicht gesondert darauf hingewiesen werden, dass die Bedingungen für eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage sowie die anderen Bedingungen für das Einholen einer gültigen Einwilligung erfüllt sein sollten.

[Beispiel 18] Ein Krankenhaus für Schönheitschirurgie möchte von einem Patienten eine ausdrückliche Einwilligung, dass seine Krankenakte an einen Fachmann übermittelt werden darf, dessen zweite Meinung zum Zustand des Patienten eingeholt werden soll. Bei der Krankenakte handelt es sich um eine digitale Datei. Angesichts der spezifischen Natur der betroffenen Informationen ersucht das Krankenhaus die betroffene Person um eine elektronische Signatur, um eine gültige, ausdrückliche Einwilligung zu erhalten und nachweisen zu können, dass die ausdrückliche Einwilligung erhalten wurde.⁴⁸

⁴⁷ Siehe auch Stellungnahme 15/2011 der WP29 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 25.

⁴⁸ Dieses Beispiel ist unbeschadet der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt.

Auch mit einer zweistufigen Überprüfung der Einwilligung kann sichergestellt werden, dass die Einwilligung gültig ist. Eine betroffene Person erhält beispielsweise eine E-Mail, in der sie auf die Absicht des Verantwortlichen hingewiesen wird, eine Akte zu verarbeiten, die medizinische Daten enthält. Der Verantwortliche erklärt in der E-Mail, dass er um die Einwilligung in die Verwendung eines bestimmten Satzes an Informationen für einen speziellen Zweck ersucht. Wenn die betroffene Person in die Verwendung dieser Daten einwilligt, bittet der Verantwortliche sie um eine Antwort per E-Mail, die die Erklärung „Ich willige ein“ enthält. Nachdem die Antwort gesendet ist, erhält die betroffene Person einen Bestätigungslink, der angeklickt werden muss oder eine SMS-Nachricht, mit einem Bestätigungscode, um die Vereinbarung zu bestätigen.

Artikel 9 Absatz 2 erkennt „für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich“ nicht als eine Ausnahme von dem allgemeinen Verbot an, besondere Kategorien von Daten zu verarbeiten. Deshalb sollten Verantwortliche und Mitgliedstaaten, die mit dieser Situation umgehen, die spezifischen Ausnahmen in Artikel 9 Absatz 2 Buchstaben b bis j prüfen. Sollte keine der Ausnahmen in b bis j Anwendung finden, bleibt das Einholen einer ausdrücklichen Einwilligung in Übereinstimmung mit den in der DS-GVO niedergelegten Bedingungen für eine gültige Einwilligung die einzige mögliche rechtmäßige Ausnahme zur Verarbeitung solcher Daten.

[Beispiel 19]

Die Fluggesellschaft Holiday Airways bietet Fluggästen, die beispielsweise aufgrund einer Behinderung nicht ohne Hilfe reisen können, die Möglichkeit einer Dienstleistung für unterstütztes Reisen. Eine Kundin bucht einen Flug von Amsterdam nach Budapest und beantragt Hilfe bei der Reise, um in das Flugzeug gelangen zu können. Holiday Airways bittet die Kundin um Informationen über ihren Gesundheitszustand, um die geeignete Dienstleistung für sie organisieren zu können (da es hier viele Möglichkeiten gibt, wie beispielsweise ein Rollstuhl am Ankunftsgate oder eine Begleitperson, die mit ihr von A nach B reist). Holiday Airways ersucht um die ausdrückliche Einwilligung, die Gesundheitsdaten dieser Kundin verarbeiten zu dürfen, um das beantragte unterstützte Reisen organisieren zu können. Alle auf der Grundlage einer Einwilligung verarbeiteten Daten sollten für die beantragte Dienstleistung benötigt werden. Darüber hinaus bleiben Flüge nach Budapest weiterhin ohne unterstütztes Reisen möglich. Es ist zu beachten, dass Artikel 7 Absatz 4 keine Anwendung findet, da die Daten für die Bereitstellung der beantragten Dienstleistung erforderlich sind.

[Beispiel 20]

Ein erfolgreiches Unternehmen hat sich auf die Bereitstellung von auf den Kunden zugeschnittenen Ski- und Snowboardbrillen und andere Arten von maßgeschneiderten Brillenerzeugnissen für Sportarten spezialisiert, die im Freien ausgeübt werden. Die Idee dahinter ist, dass die Kunden diese ohne ihre normalen Brillen tragen könnten. Die Bestellungen bei dem Unternehmen gehen an einer zentralen Stelle ein und die Erzeugnisse werden von einem einzigen Standort in die ganze EU geliefert. Der Verantwortliche ersucht um die Einwilligung zur Verwendung von Informationen über den Zustand der Augen der Kunden, um kurzsichtigen Kunden maßgeschneiderte Erzeugnisse bereitstellen zu können. Die Kunden stellen die erforderlichen Daten zu ihrer Gesundheit wie die Verschreibungsdaten online zur Verfügung, wenn sie ihren Auftrag erteilen. Ohne diese Daten ist es nicht möglich, die maßgeschneiderten Brillenerzeugnisse herzustellen. Das Unternehmen bietet auch eine Reihe von Brillen mit standardisierten Korrekturwerten an. Kunden, die ihre Gesundheitsdaten nicht bekannt geben wollen, könnten sich für diese Standardausfertigungen entscheiden. Deshalb ist eine ausdrückliche Einwilligung gemäß Artikel 9 erforderlich und die Einwilligung kann als freiwillig erteilt angesehen werden.

5. Zusätzliche Bedingungen für das Einholen einer gültigen Einwilligung

Die DS-GVO führt Anforderungen ein, dass Verantwortliche zusätzliche Vorkehrungen treffen müssen, um sicherzustellen, dass sie eine gültige Einwilligung erhalten, diese aufrechterhalten und nachweisen können. Artikel 7 der DS-GVO legt diese zusätzlichen Bedingungen für eine gültige Einwilligung fest, die besondere Bestimmungen zur Aufzeichnung der Einwilligung und dem Recht auf einfaches Widerrufen der Einwilligung enthalten. Artikel 7 findet auch auf die Einwilligung Anwendung, auf die in anderen Artikeln der DS-GVO verwiesen wird, wie beispielsweise Artikel 8 und 9. Unten wird weitere Anleitung zu der zusätzlichen Anforderung gegeben, eine gültige Einwilligung nachzuweisen und zum Widerruf eine Einwilligung.

5.1. Nachweis der Einwilligung

In Artikel 7 Absatz 1 der DS-GVO wird die ausdrückliche Verpflichtung des Verantwortlichen deutlich dargelegt, die Einwilligung der betroffenen Person nachzuweisen. Nach Artikel 7 Absatz 1 liegt die Beweislast beim Verantwortlichen.

Erwägungsgrund 42 stellt fest: *„Erfolgt die Verarbeitung mit Einwilligung der betroffenen Person, sollte der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu dem Verarbeitungsvorgang gegeben hat.“*

Es steht den Verantwortlichen frei, Methoden zu entwickeln, um diese Bestimmung auf eine Weise einzuhalten, die zu ihren täglichen Geschäftstätigkeiten passt. Gleichzeitig sollte die Pflicht zur Erbringung des Nachweises, dass der Verantwortliche eine gültige Einwilligung eingeholt hat, nicht an sich zu einer übermäßigen Erhöhung des Datenverarbeitungsvolumens führen. Das bedeutet, dass die Verantwortlichen über ausreichend Daten verfügen sollten, um eine Verbindung zu der Verarbeitung aufzeigen zu können (um zu zeigen, dass eine Einwilligung erhalten wurde). Sie sollten jedoch nicht mehr Informationen erheben, als erforderlich ist.

Der Verantwortliche muss nachweisen, dass er eine gültige Einwilligung von der betroffenen Person erhalten hat. Die DS-GVO schreibt nicht genau vor, wie dies zu tun ist. Der Verantwortliche muss jedoch in der Lage sein, nachzuweisen, dass eine betroffene Person in einem bestimmten Fall eingewilligt hat. Solange die fragliche Datenverarbeitungstätigkeit andauert, besteht die Pflicht zum Nachweis der Einwilligung. Nachdem die Verarbeitungstätigkeit beendet wurde, sollte der Einwilligungsnachweis nicht länger aufbewahrt werden, als unbedingt zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung oder zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen gemäß Artikel 17 Absatz 3 Buchstaben b und e erforderlich ist.

Der Verantwortliche kann beispielsweise Aufzeichnungen über erhaltene Einwilligungserklärungen führen, so dass er nachweisen kann, dass er eine Einwilligung erhalten hat, wann er sie erhalten hat und welche Informationen der betroffenen Person zu dem Zeitpunkt mitgeteilt wurden. Der Verantwortliche muss auch zeigen können, dass die betroffene Person in Kenntnis der Sachlage war und dass die Arbeitsabläufe des Verantwortlichen alle einschlägigen Kriterien für eine gültige Einwilligung erfüllt haben. Der Grund für diese Verpflichtung in der DS-GVO ist, dass die Verantwortlichen rechenschaftspflichtig sein müssen im Hinblick auf das Einholen einer gültigen Einwilligung von den betroffenen Personen und die Einwilligungsmechanismen, die sie eingeführt haben. In einem Online-Kontext könnte der Verantwortliche beispielsweise Informationen über die

Sitzung speichern, in der die Einwilligung zum Ausdruck gebracht wurde sowie Unterlagen über die Arbeitsabläufe im Hinblick auf die Einwilligung zum Zeitpunkt der Sitzung und eine Kopie über die Informationen, die der betroffenen Person zu dem Zeitpunkt vorgelegt wurden. Es würde nicht ausreichen, nur auf eine korrekte Konfiguration der Website hinzuweisen.

[Beispiel 21] Ein Krankenhaus stellt ein, Projekt X genanntes, wissenschaftliches Forschungsprogramm auf, für das die zahnärztlichen Akten tatsächlicher Patienten benötigt werden. Die Teilnehmer werden über Telefonanrufe bei Patienten angeworben, die freiwillig eingewilligt haben, in eine Liste von Kandidaten eingetragen zu werden, die für diesen Zweck kontaktiert werden können. Der Verantwortliche ersucht die betroffenen Personen um ausdrückliche Einwilligung in die Verwendung ihrer zahnärztlichen Akte. Die Einwilligung wird bei einem Telefonanruf durch die Aufzeichnung einer mündlichen Erklärung der betroffenen Person eingeholt, in der diese bestätigt, dass sie in die Verwendung ihrer Daten für die Zwecke des Projekts X einwilligt.

Die DS-GVO enthält keine spezifische Frist, wie lange eine Einwilligung gilt. Wie lange die Einwilligung gültig ist, hängt vom Kontext, dem Umfang der ursprünglichen Einwilligung und den Erwartungen der betroffenen Partei ab. Wenn sich die Verarbeitungsvorgänge beträchtlich ändern oder weiterentwickeln, ist die ursprüngliche Einwilligung nicht länger gültig. Dann muss eine neue Einwilligung eingeholt werden.

Die WP29 empfiehlt es als bewährte Praxis, die Einwilligung in angemessenen Zeitabständen zu erneuern. Wenn alle Informationen erneut erteilt werden, hilft das sicherzustellen, dass die betroffene Person gut darüber informiert bleibt, wie ihre Daten verwendet werden und wie sie ihre Rechte ausüben kann.⁴⁹

5.2. Widerruf der Einwilligung

Dem Widerruf der Einwilligung wird in der DS-GVO eine herausragende Stellung eingeräumt. Die Bestimmungen und Erwägungsgründe in der DS-GVO zum Widerruf der Einwilligung können als Kodifizierung der bestehenden Auslegung dieser Angelegenheit in den Stellungnahmen der WP29 angesehen werden.⁵⁰

Artikel 7 Absatz 3 der DS-GVO schreibt vor, dass der Verantwortliche sicherstellen muss, dass die betroffene Person die Einwilligung jederzeit widerrufen kann und dass der Widerruf der Einwilligung so einfach sein muss wie die Erteilung der Einwilligung. Die DS-GVO legt nicht fest, dass das Erteilen und Widerrufen der Einwilligung immer durch dieselbe Handlung erfolgen muss.

Wird die Einwilligung jedoch mit Hilfe elektronischer Mittel lediglich durch einen Mausklick, Wischvorgang oder Tastenanschlag erteilt, müssen die betroffenen Personen in der Praxis die Möglichkeit haben, die Einwilligung genauso einfach zu widerrufen. Wird die Einwilligung über eine dienstleistungsspezifische Nutzerschnittfläche (beispielsweise über eine Website, eine App, ein

⁴⁹ Siehe die Leitlinien der WP29 zur Transparenz. [Der Bezugsvermerk wird vollendet, sobald er verfügbar ist]

⁵⁰ Die WP29 hat dieses Thema in ihrer Stellungnahme zur Einwilligung (siehe Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 9, 13, 20, 27 und 32-33) und unter anderem in ihrer Stellungnahme zur Verwendung von Standortdaten diskutiert. (Siehe Stellungnahme 5/2005 zur Nutzung von Standortdaten für die Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen (WP 115), S. 7).

Konto, in das sich der Nutzer einloggt, die Schnittstelle eines Gerätes des Internet der Dinge oder eine E-Mail) erteilt, muss die betroffene Person ohne jeden Zweifel die Möglichkeit haben, ihre Einwilligung über dieselbe elektronische Schnittstelle zu widerrufen, da das Wechseln zu einer anderen Schnittstelle nur um die Einwilligung zu widerrufen, eine unangemessene Anstrengung erforderlich machen würde. Darüber hinaus sollte die betroffene Person ihre Einwilligung widerrufen können, ohne Nachteile zu erleiden. Das bedeutet unter anderem, dass der Verantwortliche einen Widerruf gebührenfrei und ohne Absenkung des Leistungsniveaus ermöglichen muss.⁵¹

[Beispiel 22] Für ein Musikfestival werden die Karten durch eine Online-Kartenagentur verkauft. Mit jedem online erfolgten Kartenverkauf wird um Einwilligung ersucht, die Kontaktdaten für Werbezwecke nutzen zu dürfen. Um ihre Einwilligung für diesen Zweck anzugeben, können die Kunden entweder „Nein“ oder „Ja“ wählen. Der Verantwortliche informiert die Kunden, dass sie die Möglichkeit haben, ihre Einwilligung zu widerrufen. Hierzu könnten sie an Geschäftstagen zwischen 8.00 Uhr und 17.00 Uhr gebührenfrei ein Callcenter anrufen. In diesem Fall hält der Verantwortliche Artikel 7 Absatz 3 der DS-GVO nicht ein. In diesem Fall ist für den Widerruf der Einwilligung ein Telefonanruf erforderlich, der während der Geschäftszeiten erfolgen muss. Dies ist arbeitsaufwändiger, als der eine Mausclick, mit dem über den Online-Kartenverkäufer die Einwilligung erteilt wurde, was rund um die Uhr möglich ist.

In der DS-GVO wird die Möglichkeit eines einfachen Widerrufs als notwendiger Aspekt einer gültigen Einwilligung genannt. Wenn das Widerrufsrecht nicht die Anforderungen der DS-GVO erfüllt, hält der Einwilligungsmechanismus des Verantwortlichen die DS-GVO nicht ein. Wie in Abschnitt 3.1 zur Bedingung der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erwähnt wurde, muss der Verantwortliche die betroffene Person über das Recht auf Widerruf der Einwilligung vor der tatsächlichen Abgabe der Einwilligung gemäß Artikel 7 Absatz 3 der DS-GVO in Kenntnis setzen. Zusätzlich muss der Verantwortliche die betroffenen Personen als Teil der Pflicht zur Transparenz darüber informieren, wie sie ihre Rechte geltend machen können.⁵²

Wenn die Einwilligung widerrufen wird, gilt als allgemeine Regel, dass alle Datenverarbeitungsvorgänge, die auf der Einwilligung beruhten und vor dem Widerruf der Einwilligung - und in Einklang mit der DS-GVO - stattfanden, rechtmäßig bleiben, der Verantwortliche aber die betroffenen Verarbeitungstätigkeiten einstellen muss. Wenn es an einer anderweitigen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten fehlt (z. B. weitere Speicherung), sollten sie von dem Verantwortlichen gelöscht werden.⁵³

Wie weiter vorne in den vorliegenden Leitlinien erwähnt wurde, ist es wichtig, dass die Verantwortlichen vor der Erhebung der Daten die Zwecke bewerten, für die die Daten tatsächlich verarbeitet werden und die Rechtsgrundlage, auf die sich die Verarbeitung stützt. Unternehmen

⁵¹ Siehe auch Stellungnahme 4/2010 der WP29 zum europäischen Verhaltenskodex von FEDMA zur Verwendung personenbezogener Daten im Direktmarketing (WP 174) und Stellungnahme 5/2005 zur Nutzung von Standortdaten für die Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen (WP 115).

⁵² Erwägungsgrund 39 der DS-GVO, der sich auf die Artikel 13 und 14 dieser Verordnung bezieht, stellt Folgendes fest: „*Natürliche Personen sollten über die Risiken, Vorschriften, Garantien und Rechte im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten informiert und darüber aufgeklärt werden, wie sie ihre diesbezüglichen Rechte geltend machen können.*“

⁵³ Siehe Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 3 der DS-GVO.

benötigen personenbezogene Daten häufig für verschiedene Zwecke und die Verarbeitung stützt sich auf mehr als eine Rechtsgrundlage. So kann die Verarbeitung von Kundendaten auf einem Vertrag und einer Einwilligung basieren. Folglich bedeutet der Widerruf der Einwilligung nicht, dass der Verantwortliche Daten löschen muss, die für einen Zweck verarbeitet werden, der auf der Erfüllung des Vertrags mit der betroffenen Person beruht. Deshalb sollten Verantwortliche von Anfang an deutlich machen, welcher Zweck auf welche Daten Anwendung findet und auf welcher Rechtsgrundlage die Verarbeitung beruht.

Angenommen, die fortgesetzte Speicherung wird durch einen anderen Zweck gerechtfertigt, sind Verantwortliche zur Löschung der Daten verpflichtet, die auf der Grundlage einer Einwilligung verarbeitet werden, wenn diese Einwilligung widerrufen wird.⁵⁴

Außer dieser Situation, die von Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe b abgedeckt ist, kann eine betroffene Einzelperson die Löschung anderer sie betreffender Daten fordern, die basierend auf einer anderen Rechtsgrundlage verarbeitet werden, z. B. auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b.⁵⁵ Verantwortliche müssen bewerten, ob die fortgesetzte Verarbeitung der betroffenen Daten angemessen ist, selbst wenn die betroffene Person die Löschung der Daten nicht verlangt hat.⁵⁶

In Fällen, in denen die betroffene Person ihre Einwilligung widerruft und der Verantwortliche die personenbezogenen Daten basierend auf einer anderen Rechtsgrundlage weiter verarbeiten möchte, kann er nicht stillschweigend von der Einwilligung (die widerrufen wurde) zu einer anderen Rechtsgrundlage wechseln. Die betroffene Person muss gemäß den Informationsanforderungen in Artikel 13 und 14 und nach dem allgemeinen Grundsatz der Transparenz über jede Änderung der Rechtsgrundlage informiert werden.

6. Wechselwirkungen zwischen der Einwilligung und anderen Rechtsgrundlagen in Artikel 6 der DS-GVO

In Artikel 6 werden die Bedingungen für die rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten festgelegt und sechs Rechtsgrundlagen beschrieben, auf die sich der Verantwortliche stützen kann. Die Anwendung einer dieser sechs Rechtsgrundlagen muss vor der Verarbeitungstätigkeit und in Bezug auf einen spezifischen Zweck festgelegt werden.⁵⁷

Hier muss festgestellt werden, dass ein Verantwortlicher, der sich für einen Teil der Verarbeitung auf eine Einwilligung stützt, bereit sein muss, die Entscheidung zu respektieren und den Teil der Verarbeitung zu beenden, wenn eine Einzelperson ihre Einwilligung widerruft. Es wäre gegenüber Einzelpersonen ein in höchstem Maß missbräuchliches Verhalten, ihnen zu sagen, dass die Daten auf der Grundlage der Einwilligung verarbeitet werden, wenn tatsächlich eine andere Rechtsgrundlage zugrunde gelegt wird.

⁵⁴ Dann muss der andere Zweck, der die Verarbeitung rechtfertigt, eine gesonderte Rechtsgrundlage haben. Dies bedeutet nicht, dass der Verantwortliche die Einwilligung gegen eine andere Rechtsgrundlage eintauschen kann, siehe Abschnitt 6 unten.

⁵⁵ Siehe Artikel 17, einschließlich der möglicherweise anwendbaren Ausnahmen und Erwägungsgrund 65 der DS-GVO.

⁵⁶ Siehe auch Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe e der DS-GVO.

⁵⁷ Gemäß Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c und/oder Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c muss der Verantwortliche die betroffene Person darüber in Kenntnis setzen.

Das heißt mit anderen Worten, dass der Verantwortliche nicht von der Einwilligung zu einer anderen Rechtsgrundlage wechseln kann. Es ist beispielsweise nicht gestattet, rückwirkend das berechnete Interesse als Grundlage für die Rechtfertigung der Verarbeitung zu wählen, wenn Probleme mit der Gültigkeit der Einwilligung aufgetreten sind. Aufgrund der Verpflichtung, die Rechtsgrundlage, auf die sich der Verantwortliche stützt, zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten anzugeben, müssen Verantwortliche vor der Erhebung entschieden haben, welche Rechtsgrundlage anwendbar ist.

7. Spezifische Anliegen in der DS-GVO

7.1. Kinder (Artikel 8)

Verglichen mit der aktuellen Richtlinie, schafft die DS-GVO eine weitere Schutzschicht, wenn die personenbezogenen Daten schutzbedürftiger natürlicher Personen, insbesondere von Kindern, verarbeitet werden. Artikel 8 führt zusätzliche Verpflichtungen ein, um ein höheres Datenschutzniveau für Kinder in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft sicherzustellen. Die Gründe für den verstärkten Schutz werden in Erwägungsgrund 38 näher erläutert: „[...] *da Kinder sich der betreffenden Risiken, Folgen und Garantien und ihrer Rechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten möglicherweise weniger bewusst sind.* [...]“ In Erwägungsgrund 38 wird auch Folgendes festgestellt: „*Ein solcher besonderer Schutz sollte insbesondere die Verwendung personenbezogener Daten von Kindern für Werbezwecke oder für die Erstellung von Persönlichkeits- oder Nutzerprofilen und die Erhebung von personenbezogenen Daten von Kindern bei der Nutzung von Diensten, die Kindern direkt angeboten werden, betreffen.*“ Das Wort „insbesondere“ gibt an, dass der besondere Schutz nicht auf Werbezwecke und die Erstellung von Profilen beschränkt ist, sondern die weiter gefasste „Erhebung von personenbezogenen Daten von Kindern“ umfasst.

In Artikel 8 Absatz 1 wird Folgendes festgelegt: Findet bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird, die Einwilligung Anwendung, so ist die Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Kindes rechtmäßig, wenn das Kind das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat. Hat das Kind noch nicht das sechzehnte Lebensjahr vollendet, so ist diese Verarbeitung nur rechtmäßig, sofern und soweit diese Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wird.⁵⁸ Hinsichtlich der Altersgrenze für eine gültige Einwilligung beweist die DS-GVO Flexibilität; die Mitgliedstaaten können per Gesetz ein niedrigeres Alter festlegen, dies darf jedoch nicht unter 13 Jahren liegen.

Wie in Abschnitt 3.1 zur Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erwähnt, hat die Information für die Zielgruppe des Verantwortlichen verständlich zu sein, wobei besonderes Augenmerk auf die Lage von Kindern zu richten ist. Um von einem Kind eine „Einwilligung in Kenntnis der Sachlage“ zu erhalten, muss der Verantwortliche in einer für Kinder klaren und einfachen Sprache erklären,

⁵⁸ Siehe Artikel 8 Absatz 1 unbeschadet der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, von der Altersgrenze abzuweichen.

wie er die Daten verarbeiten möchte, die er erhebt.⁵⁹ Wird erwartet, dass ein Elternteil einwilligt, sind möglicherweise Informationen erforderlich, die es einem Erwachsenen ermöglichen, eine Entscheidung in Kenntnis der Sachlage zu treffen.

Aus Obigem geht deutlich hervor, dass Artikel 8 nur anzuwenden ist, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- Die Verarbeitung steht im Zusammenhang mit einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird.^{60, 61}
- Die Verarbeitung beruht auf einer Einwilligung.

7.1.1. Dienst der Informationsgesellschaft

Zur Festlegung des Umfangs des Begriffes „Dienst der Informationsgesellschaft“ wird in Artikel 4 Absatz 25 der DS-GVO auf Richtlinie 2015/1535 verwiesen.

Bei der Bewertung des Umfangs dieser Definition verweist die WP29 auch auf Rechtsprechung des EuGH.⁶² Der EuGH hat entschieden, dass *Dienste der Informationsgesellschaft* Verträge und andere Dienstleistungen abdecken, die online geschlossen und übermittelt werden. Wenn ein Dienst zwei wirtschaftlich voneinander unabhängige Komponenten aufweist, von denen eine die Online-Komponente ist, die aus dem Angebot und der Angebotsannahme im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss oder den Informationen zu den Produkten oder Dienstleistungen, einschließlich Werbetätigkeiten, besteht, wird diese Komponente als Dienst der Informationsgesellschaft bezeichnet, während die andere Komponente, nämlich die physische Lieferung oder der Vertrieb von Waren nicht unter den Begriff des Dienstes der Informationsgesellschaft fällt. Die Online-Bereitstellung eines Dienstes würde in den Geltungsbereich des Begriffes *Dienst der Informationsgesellschaft* in Artikel 8 der DS-GVO fallen.

⁵⁹ In Erwägungsgrund 58 der DS-GVO wird diese Verpflichtung erneut bestätigt, indem festgestellt wird, dass der Verantwortliche gegebenenfalls sicherstellen sollte, dass die gebotenen Informationen für Kinder verständlich sind.

⁶⁰ Gemäß Artikel 4 Absatz 25 der DS-GVO ist ein Dienst der Informationsgesellschaft eine Dienstleistung im Sinne des Artikels 1 Nummer 1 Buchstabe b der Richtlinie 2015/1535: b) „Dienst“ [bezeichnet] eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck: i) „im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung“ eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird; ii) „elektronisch erbrachte Dienstleistung“ eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird; iii) „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ eine Dienstleistung die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird. Eine Beispielliste der nicht unter diese Definition fallenden Dienste findet sich in Anhang I der genannten Richtlinie. Siehe auch Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2000/31.

⁶¹ Gemäß Artikel 1 der UN-Konvention über die Rechte des Kindes „[...] ist ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt“, siehe Resolution 44/25 der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 (Konvention über die Rechte des Kindes).

⁶² Siehe Europäischer Gerichtshof, 2. Dezember 2010, Rechtssache C-108/09, (*Ker-Optika*), Randnummern 22 und 28. In Bezug auf „vermischte Leistungen“ verweist die WP29 auch auf die Rechtssache C434/15 (*Asociacion Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL*), Randnummer 40, in der festgestellt wird, dass ein Dienst der Informationsgesellschaft, der integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung ist, die nicht hauptsächlich aus einem Dienst der Informationsdienstleistung besteht (in diesem Fall eine Verkehrsdienstleistung), nicht als „Dienst der Informationsgesellschaft“ einzustufen ist.

7.1.2. Kindern direkt angeboten

Die Einbeziehung der Formulierung „Kindern direkt angeboten“ weist darauf hin, dass Artikel 8 auf einige, aber nicht alle Dienste der Informationsgesellschaft angewendet werden soll. Wenn es ein Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft in dieser Hinsicht gegenüber möglichen Nutzern deutlich macht, dass er seinen Dienst Personen anbietet, die 18 Jahre oder älter sind, und dies nicht durch andere Nachweise untergraben wird (wie der Inhalt der Seite oder Marketingkonzepte) wird der Dienst nicht als „Kindern direkt angeboten“ angesehen und Artikel 8 findet keine Anwendung.

7.1.3. Alter

Die DS-GVO legt Folgendes fest: *„Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften zu diesen Zwecken eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, die jedoch nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf.“* Der Verantwortliche muss diese unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften kennen und berücksichtigen, wer Zielgruppe seiner Dienste ist. Es sollte insbesondere darauf hingewiesen werden, dass ein Verantwortlicher, der einen grenzüberschreitenden Dienst anbietet, sich nicht stets darauf verlassen kann, nur das Recht des Mitgliedstaats einzuhalten, in dem er seine Hauptniederlassung hat, sondern dass er stattdessen die jeweiligen Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaats einhalten muss, in dem er den/die Dienst(e) der Informationsgesellschaft anbietet. Dies hängt davon ab, ob ein Mitgliedstaat entscheidet, den Hauptniederlassungsort des Verantwortlichen als Referenzpunkt in seinem innerstaatlichen Recht zu wählen oder den Wohnort der betroffenen Person. Bei der Entscheidungsfindung sollten die Mitgliedstaaten in erster Linie das Wohl des Kindes berücksichtigen. Die Arbeitsgruppe fordert die Mitgliedstaaten auf, in dieser Angelegenheit nach einer harmonisierten Lösung zu suchen.

Wenn Kindern Dienste der Informationsgesellschaft auf der Grundlage einer Einwilligung bereitgestellt werden, wird von den Verantwortlichen erwartet, dass sie angemessene Anstrengungen unternehmen, um sich zu vergewissern, dass der Nutzer das Alter der digitalen Mündigkeit erreicht hat. Diese Maßnahmen sollten der Natur und dem Risiko der Verarbeitungstätigkeit angemessen sein.

Wenn ein Nutzer angibt, das Alter der digitalen Mündigkeit erreicht zu haben, kann der Verantwortliche geeignete Kontrollen durchführen, um den Wahrheitsgehalt dieser Erklärung zu überprüfen. Obwohl in der DS-GVO nicht ausdrücklich niedergelegt ist, dass angemessene Anstrengungen unternommen werden müssen, um das Alter zu überprüfen, wird es implizit gefordert, denn wenn ein Kind seine Einwilligung erteilt, aber noch nicht alt genug ist, selbst eine gültige Einwilligung zu erteilen, wird dadurch die Datenverarbeitung unrechtmäßig.

Gibt der Nutzer an, das Alter der digitalen Mündigkeit noch nicht erreicht zu haben, kann der Verantwortliche diese Erklärung ohne weitere Überprüfungen akzeptieren, muss aber die Genehmigung der Eltern einholen und sich vergewissern, dass die Person, die diese Einwilligung erteilt, tatsächlich Träger der elterlichen Verantwortung ist.

Eine Überprüfung des Alters sollte nicht zu einer übermäßigen Datenverarbeitung führen. Zum Mechanismus, der zur Überprüfung des Alters der betroffenen Person gewählt wird, sollte auch eine Bewertung des Risikos der vorgeschlagenen Verarbeitung zählen. In einigen Situationen mit einem geringen Risiko kann es angemessen sein, von einem neuen Abonnenten eines Dienstes die Angabe seines Geburtsjahres oder das Ausfüllen eines Formulars zu fordern, in dem dieser erklärt (nicht) minderjährig zu sein.⁶³ Bestehen Zweifel, sollte der Verantwortliche den Mechanismus zur Altersüberprüfung in einem gegebenen Fall prüfen und überlegen, ob alternative Kontrollen erforderlich sind.⁶⁴

7.1.4. Einwilligung von Kindern und elterliche Verantwortung

In Bezug auf die von einem Träger der elterlichen Verantwortung erteilte Genehmigung gibt die DS-GVO keine praktischen Wege an, wie die Einwilligung der Eltern eingeholt oder wie festgestellt werden kann, ob jemand zur Durchführung dieser Maßnahme befugt ist.⁶⁵ Deshalb empfiehlt die WP29, in Übereinstimmung mit Artikel 8 Absatz 2 und Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c der DS-GVO (Datenminimierung) einen geeigneten Ansatz zu wählen. Es kann ein geeigneter Ansatz sein, den Schwerpunkt auf das Einholen einer begrenzten Menge an Informationen zu legen, wie die Kontaktdaten eines Elternteils oder Vormunds.

Was in Bezug auf die Vergewisserung, dass der Nutzer alt genug ist, um seine eigene Einwilligung zu erteilen und in Bezug auf die Überprüfung, dass eine Person, die die Einwilligung im Namen eines Kindes erteilt, auch der Träger der elterlichen Verantwortung ist, angemessen ist, kann von den mit der Verarbeitung einhergehenden Risiken sowie von der verfügbaren Technologie abhängen. In Fällen mit einem geringen Risiko kann die Überprüfung der elterlichen Verantwortung per E-Mail ausreichen. In Fällen mit einem hohen Risiko kann es dagegen angemessen sein, mehr Nachweise zu verlangen, damit der Verantwortliche die Informationen gemäß Artikel 7 Absatz 1 der DS-GVO überprüfen und speichern kann⁶⁶. Zuverlässige Drittdienstleister für Überprüfungen können Lösungen anbieten, die die Menge an personenbezogenen Daten reduzieren können, die der Verantwortliche selbst zu verarbeiten hat.

[Beispiel 23] Eine Online-Spieleplattform möchte sicherstellen, dass minderjährige Kunden ihre Dienste nur mit Einwilligung der Eltern oder des Vormunds abonnieren. Der Verantwortliche geht hierbei folgendermaßen vor:

Schritt 1: den Nutzer fragen, ob er jünger oder älter als 16 Jahre ist (oder ein alternatives Alter der digitalen Mündigkeit).

Wenn der Nutzer angibt, das Alter der digitalen Mündigkeit noch nicht erreicht zu haben:

⁶³ Obwohl dies nicht in jedem Fall eine sichere Lösung ist, ist es ein Beispiel, wie mit dieser Bestimmung umgegangen werden kann.

⁶⁴ Siehe 5/2009 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Nutzung sozialer Online-Netzwerke (WP 163).

⁶⁵ Die WP29 merkt an, dass der Träger der elterlichen Verantwortung nicht immer ein leiblicher Elternteil des Kindes ist, und dass viele Parteien Träger der elterlichen Verantwortung sein können, zu denen juristische sowie natürliche Personen zählen können.

⁶⁶ So könnte ein Elternteil oder Vormund beispielsweise dazu aufgefordert werden, dem Verantwortlichen per Banküberweisung einen Betrag von 0,01 EUR zu überweisen und in der Zeile für den Verwendungszweck kurz zu bestätigen, dass der Kontoinhaber der Träger der elterlichen Verantwortung für den Nutzer ist. Gegebenenfalls sollte eine alternative Methode der Überprüfung verwendet werden, um eine unzulässige diskriminierende Behandlung der Personen zu vermeiden, die kein Bankkonto haben.

Schritt 2: der Dienst informiert das Kind darüber, dass ein Elternteil oder der Vormund in die Verarbeitung einwilligen oder diese genehmigen muss, bevor der Dienst dem Kind bereitgestellt wird. Der Nutzer wird aufgefordert, die E-Mail-Anschrift eines Elternteils oder des Vormunds zu nennen.

Schritt 3: der Dienst nimmt Kontakt mit dem Elternteil oder dem Vormund auf und erhält über E-Mail dessen Einwilligung für die Verarbeitung und ergreift angemessene Schritte zur Bestätigung, dass der Erwachsene Träger der elterlichen Verantwortung ist.

Schritt 4: im Fall von Beschwerden ergreift der Betreiber der Plattform zusätzliche Schritte, um das Alter des Abonnenten zu überprüfen.

Hat der Betreiber der Plattform die anderen Anforderungen an die Einwilligung erfüllt, kann er die zusätzlichen Kriterien aus Artikel 8 der DS-GVO einhalten, indem er diese Schritte befolgt.

Das Beispiel zeigt, dass sich der Verantwortliche in eine Lage bringen kann, in der er zeigen kann, angemessene Schritte zur Sicherstellung unternommen zu haben, dass er in Bezug auf einen Dienst, der einem Kind bereitgestellt wird, eine gültige Einwilligung eingeholt hat. In Artikel 8 Absatz 2 wird insbesondere Folgendes hinzugefügt: *„Der Verantwortliche unternimmt unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik angemessene Anstrengungen, um sich in solchen Fällen zu vergewissern, dass die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wurde.“*

Es ist Aufgabe des Verantwortlichen zu bestimmen, welche Maßnahmen in einem speziellen Fall angemessen sind. Generell gilt, dass Verantwortliche Lösungen für die Überprüfung vermeiden sollten, die eine übermäßige Erhebung personenbezogener Daten erfordern.

Die WP29 erkennt an, dass es Fälle geben kann, in denen eine Überprüfung eine Herausforderung darstellt (beispielsweise, wenn Kinder, die ihre eigenen Einwilligung erteilen, noch keinen „Fußabdruck ihrer Identität“ hinterlassen haben oder wenn es schwierig ist, die elterliche Verantwortung zu kontrollieren). Das kann bei der Bestimmung der angemessenen Anstrengungen berücksichtigt werden. Es wird von Verantwortlichen aber auch erwartet, dass sie ihre Prozesse und die verfügbare Technologie ständig überprüfen.

In Bezug auf die Autonomie der betroffenen Person, in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einzuwilligen und vollständige Kontrolle über die Verarbeitung zu haben, kann die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern durch einen Träger der elterlichen Verantwortung oder die Genehmigung dieser Verarbeitung durch diesen, bestätigt, geändert oder widerrufen werden, sobald die betroffene Person das Alter der digitalen Mündigkeit erreicht.

Das heißt in der Praxis, dass die Einwilligung, die der Träger der elterlichen Verantwortung in die Verarbeitung personenbezogener Daten erteilt hat oder die er genehmigt hat, bevor das Kind das Alter der digitalen Mündigkeit erreicht hat, ein gültiger Grund für die Verarbeitung bleibt, wenn das Kind keine diesbezügliche Maßnahme ergreift.

Nachdem es das Alter der digitalen Mündigkeit erreicht hat, hat das Kind die Möglichkeit, die Einwilligung selbst in Übereinstimmung mit Artikel 7 Absatz 3 zu widerrufen. Gemäß den

Grundsätzen von Treu und Glauben und der Rechenschaftspflicht muss der Verantwortliche das Kind über diese Möglichkeit in Kenntnis setzen.⁶⁷

Es muss darauf hingewiesen werden, dass gemäß Erwägungsgrund 38 die Einwilligung eines Elternteils oder Vormunds im Zusammenhang mit Präventions- oder Beratungsdiensten, die unmittelbar einem Kind angeboten werden, nicht erforderlich ist. So ist für die Bereitstellung von Kinderschutzdiensten, die einem Kind online durch einen Online-Chatdienst geboten werden, keine vorherige elterliche Genehmigung erforderlich.

Schließlich wird in der DS-GVO festgestellt, dass die Vorschriften bezüglich der elterlichen Verantwortung gegenüber Minderjährigen nicht „das allgemeine Vertragsrecht der Mitgliedstaaten, wie etwa die Vorschriften zur Gültigkeit, zum Zustandekommen oder zu den Rechtsfolgen eines Vertrags in Bezug auf ein Kind“ beeinträchtigen. Folglich sind die Anforderungen für eine gültige Einwilligung in die Verwendung von Daten über Kinder Teil eines Rechtsrahmens, der als getrennt vom nationalen Vertragsrecht zu sehen ist. Deshalb behandelt das vorliegende Leitlinienpapier nicht die Frage, ob es rechtmäßig ist, wenn ein Minderjähriger einen Online-Vertrag schließt. Beide Rechtsordnungen finden möglicherweise gleichzeitig Anwendung und zum Umfang der DS-GVO gehört keine Harmonisierung der innerstaatlichen Bestimmungen des Vertragsrechts.

7.2. Wissenschaftliche Forschung

Die Definition von „wissenschaftliche Forschungszwecke“ hat wesentliche Auswirkungen auf den Umfang der Datenverarbeitungstätigkeiten, die ein Verantwortlicher durchführen darf. Der Begriff „*wissenschaftliche Forschung*“ wird in der DS-GVO nicht definiert. In Erwägungsgrund 159 wird Folgendes festgestellt: „(...) *Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken im Sinne dieser Verordnung sollte weit ausgelegt werden (...)*“. Die WP29 ist jedoch der Ansicht, dass der Begriff nicht über seine allgemeine Bedeutung hinaus ausgeweitet werden sollte und versteht „*wissenschaftliche Forschung*“ in diesem Kontext als ein Forschungsprojekt, das in Übereinstimmung mit den maßgeblichen, für den Sektor relevanten methodischen und ethischen Standards und in Übereinstimmung mit bewährten Verfahren entwickelt wird.

Wenn Einwilligung die Rechtsgrundlage für Forschung in Übereinstimmung mit der DS-GVO ist, sollte diese Einwilligung in die Verwendung personenbezogener Daten von anderen Einwilligungsanforderungen unterschieden werden, die als ethischer Standard oder als verfahrensrechtliche Verpflichtung dienen. Ein Beispiel für eine solche verfahrensrechtliche Verpflichtung, bei der die Verarbeitung nicht auf einer Einwilligung beruht, sondern auf einer anderen Rechtsgrundlage, kann in der Verordnung über Klinische Prüfungen gefunden werden. Im Kontext des Datenschutzrechts könnte die letztere Form der Einwilligung als eine zusätzliche Garantie angesehen werden.⁶⁸ Gleichzeitig schränkt die DS-GVO die Anwendung von Artikel 6 auf

⁶⁷ Die betroffenen Personen sollten auch ihr Recht auf Vergessenwerden kennen, das in Artikel 17 niedergelegt ist und das besondere Relevanz im Fall von Einwilligungen hat, die erteilt wurden, als die betroffene Person noch ein Kind war, siehe Erwägungsgrund 63.

⁶⁸ Siehe auch Erwägungsgrund 161 der DS-GVO.

die Einwilligung allein in Bezug auf die Verarbeitung von Daten für Forschungszwecke nicht ein. Solange geeignete Garantien vorliegen, wie die Anforderungen gemäß Artikel 89 Absatz 1 und die Verarbeitung rechtmäßig und transparent ist und nach Treu und Glauben erfolgt und im Einklang mit den Standards der Datenminimierung und den Rechten des Einzelnen steht, können andere Rechtsgrundlagen wie Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben e oder f verfügbar sein.⁶⁹ Dies gilt gemäß der Ausnahme in Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe j auch für besondere Kategorien personenbezogener Daten.⁷⁰

Erwägungsgrund 33 scheint das Maß an Spezifizierung und Granularität der Einwilligung im Zusammenhang mit wissenschaftlicher Forschung etwas flexibler zu machen. Erwägungsgrund 33 stellt fest: *„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.“*

Zuerst sollte angemerkt werden, dass in Erwägungsgrund 33 die Verpflichtungen in Bezug auf die Anforderung der Einwilligung für den bestimmten Fall nicht gestrichen werden. Das bedeutet dass wissenschaftliche Forschungsprojekte personenbezogene Daten grundsätzlich nur auf der Grundlage der Einwilligung mit einbeziehen dürfen, wenn es einen gut beschriebenen Zweck gibt. Für Fälle, in denen die Zwecke für die Datenverarbeitung im Rahmen eines wissenschaftlichen Forschungsprojektes am Anfang nicht angegeben werden können, ermöglicht Erwägungsgrund 33 ausnahmsweise, dass der Zweck allgemeiner beschrieben werden kann.

In Anbetracht der strikten Bedingungen, die in Artikel 9 der DS-GVO in Bezug auf die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten niedergelegt sind, stellt die WP29 fest, dass die Anwendung des flexiblen Ansatzes von Erwägungsgrund 33 einer strikteren Auslegung unterliegt und stärker geprüft werden muss, wenn besondere Kategorien personenbezogener Daten auf der Grundlage einer ausdrücklichen Einwilligung verarbeitet werden.

Als Ganzes gesehen, kann die DS-GVO nicht so ausgelegt werden, dass sie es einem Verantwortlichen erlauben würde, den wichtigen Grundsatz, dass die Zwecke genau angegeben werden müssen, für die die Einwilligung der betroffenen Person eingeholt werden soll, zu umschiffen.

Wenn Forschungszwecke nicht vollständig angegeben werden können, muss der Verantwortliche andere Wege suchen, um sicherzustellen, dass dem Wesensgehalt der Anforderungen an die Einwilligung am besten gedient wird, beispielsweise indem betroffenen Personen ermöglicht wird,

⁶⁹ Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c kann auch auf Teile der Verarbeitungstätigkeiten anwendbar sein, die ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben sind, wie das Erheben zuverlässiger und sicherer Daten nach dem Protokoll, das die Mitgliedstaaten gemäß der Verordnung über Klinische Prüfungen angenommen haben.

⁷⁰ Gemäß Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe i können spezifische Prüfungen von Medizinprodukten auf der Grundlage von EU-Recht oder nationalen Rechtsvorschriften stattfinden.

für allgemein beschriebene Forschungszwecke und für spezielle Phasen des Forschungsprojekts einzuwilligen, von denen bereits am Anfang bekannt ist, dass sie stattfinden werden. Mit dem Fortschreiten der Forschung können Einwilligungen in die nachfolgenden Schritte des Projekts eingeholt werden, bevor die nächste Phase beginnt. Eine solche Einwilligung sollte jedoch nach wie vor den anzuwendenden ethischen Standards für wissenschaftliche Forschung entsprechen.

Darüber hinaus kann der Verantwortliche in solchen Fällen mehr Garantien anwenden. Artikel 98 Absatz 1 unterstreicht beispielsweise die Notwendigkeit von Garantien bei Tätigkeiten der Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken. Diese Zwecke *„unterlieg[en] geeigneten Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gemäß dieser Verordnung.“* Datenminimierung, Anonymisierung und Datensicherheit werden als mögliche Garantien genannt.⁷¹ Sobald der Forschungszweck ohne die Verarbeitung personenbezogener Daten erreicht werden kann, ist die Anonymisierung die bevorzugte Lösung.

Transparenz ist eine zusätzliche Garantie, wenn die Umstände der Forschung keine Einwilligung für den bestimmten Fall zulassen. Eine fehlende Zweckbestimmung kann durch Informationen zur Entwicklung des Zwecks ausgeglichen werden, die von den Verantwortlichen regelmäßig mit dem Fortschreiten des Forschungsprojektes bereitgestellt werden, so dass die Einwilligung immer so konkret wie möglich ist. Dann hat die betroffene Person wenigstens ein grundlegendes Verständnis des aktuellen Stands der Dinge und kann bewerten, ob sie beispielsweise ihr Recht auf Widerruf der Einwilligung gemäß Artikel 7 Absatz 3 ausüben möchte oder nicht.⁷²

Das Vorliegen eines umfassenden Forschungsplans, den sich die betroffenen Personen ansehen können, bevor sie einwilligen, könnte auch helfen, die fehlende Zweckbestimmung zu kompensieren.⁷³ In diesem Forschungsplan sollten die Fragen, die Gegenstand der Forschung sind, und die geplanten Arbeitsmethoden so deutlich wie möglich dargelegt werden. Der Forschungsplan könnte auch zur Einhaltung von Artikel 7 Absatz 1 beitragen, da die Verantwortlichen zeigen müssen, welche Informationen den betroffenen Personen zum Zeitpunkt der Einwilligung zur Verfügung standen, um nachweisen zu können, dass die Einwilligung gültig ist.

⁷¹ Siehe beispielsweise Erwägungsgrund 156. Die Verarbeitung personenbezogener Daten für wissenschaftliche Zwecke sollte auch die anderen einschlägigen Rechtsvorschriften einhalten, wie diejenigen zu klinischen Prüfungen; siehe Erwägungsgrund 156, in dem die Verordnung (EU) Nr. 536/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln erwähnt wird. Siehe auch Stellungnahme 15/2011 der WP29 zur Definition von Einwilligung (WP 187), S. 7. *„Die Einholung der Einwilligung befreit den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen darüber hinaus nicht von seinen Pflichten gemäß Artikel 6 in Bezug auf Gerechtigkeit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit sowie Datenqualität. So wäre beispielsweise die Erhebung von personenbezogenen Daten trotz der Einwilligung des Nutzers in die Verarbeitung der Daten nicht zulässig, wenn sie über die Zwecke hinausgeht, für die die Daten erhoben wurden. [...] Prinzipiell darf die Einwilligung nicht als Befreiung von den anderen Datenschutzgrundsätzen gesehen werden, sondern als Schutz. Sie ist in erster Linie eine Rechtsgrundlage und befreit nicht von der Anwendung der anderen Grundsätze.“*

⁷² Auch andere Transparenzmaßnahmen können maßgeblich sein. Wenn Verantwortliche Daten für wissenschaftliche Zwecke verarbeiten und am Anfang keine vollständigen Informationen gegeben werden können, könnten sie eine spezielle Kontaktperson benennen, an die die betroffenen Personen ihre Fragen richten können.

⁷³ Eine solche Möglichkeit findet sich in Artikel 14 Absatz 1 des aktuellen finnischen Datenschutzgesetzes (*Henkilötietolaki*, 523/1999).

Es muss daran erinnert werden, dass es den betroffenen Personen möglich sein muss, die Einwilligung zu widerrufen, wenn diese als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung verwendet wird. Die WP29 stellt fest, dass der Widerruf der Einwilligung die Arten von wissenschaftlicher Forschung untergraben könnte, bei der Daten benötigt werden, die mit Einzelpersonen in Verbindung gebracht werden können. Die DS-GVO stellt jedoch klar, dass die Einwilligung widerrufen werden kann und die Verantwortlichen darauf reagieren müssen - von dieser Anforderung gibt es für wissenschaftliche Forschung keine Ausnahme. Wenn bei einem Verantwortlichen eine Mitteilung zum Widerruf der Einwilligung eingeht, muss er die personenbezogenen Daten grundsätzlich sofort löschen, wenn er die Daten für Forschungszwecke weiterhin nutzen möchte.⁷⁴

7.3. Die Rechte der betroffenen Person

Beruhet die Datenverarbeitungstätigkeit auf der Einwilligung der betroffenen Person, wirkt sich dies auf die Rechte der Einzelperson aus. Wenn die Verarbeitung auf einer Einwilligung beruht, können die betroffenen Personen das Recht auf Datenübertragbarkeit haben (Artikel 20). Gleichzeitig findet das Widerspruchsrecht (Artikel 21) keine Anwendung, wenn die Verarbeitung auf Einwilligung beruht, obwohl das Recht, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen, zu einem ähnlichen Ergebnis führen kann.

Die Artikel 16 bis 20 der DS-GVO weisen darauf hin, dass betroffene Personen (wenn die Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung erfolgt) das Recht auf Löschung haben, wenn die Einwilligung widerrufen wurde sowie die Rechte auf Einschränkung, Berichtigung und Auskunft.⁷⁵

8. Einwilligung, die gemäß Richtlinie 95/46/EG eingeholt wurde

Verantwortliche, die Daten derzeit auf der Grundlage einer Einwilligung in Übereinstimmung mit nationalem Datenschutzrecht verarbeiten, sind nicht automatisch dazu verpflichtet, alle bestehenden Einwilligungen mit den betroffenen Parteien als Vorbereitung auf die DS-GVO zu erneuern. Bislang erhaltene Einwilligungen bleiben insoweit gültig, als sie den in der DS-GVO niedergelegten Bedingungen entsprechen.

Es ist wichtig, dass die Verantwortlichen ihre aktuellen Arbeitsprozesse und Aufzeichnungen bis zum 25. Mai 2018 genau überprüft haben, um sicherzustellen, dass bestehende Einwilligungen die Standards der DS-GVO einhalten (siehe Erwägungsgrund 171 der DS-GVO⁷⁶). In der Praxis setzt

⁷⁴ Siehe auch die Stellungnahme 5/2014 der WP29 zu Anonymisierungstechniken (WP 216).

⁷⁵ In Fällen, in denen bestimmte Verarbeitungstätigkeiten gemäß Artikel 18 der DS-GVO eingeschränkt sind, ist möglicherweise die Einwilligung der betroffenen Person zur Aufhebung der Einschränkung erforderlich.

⁷⁶ In Erwägungsgrund 13 der DS-GVO wird Folgendes festgestellt: „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 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.“

die DS-GVO neue Maßstäbe in Bezug auf die Durchführung von Einwilligungsmechanismen und führt verschiedene neue Anforderungen ein, die die Verantwortlichen dazu verpflichten, ihre Einwilligungsmechanismen zu ändern, statt einfach nur die Datenschutzbestimmungen umzuschreiben.⁷⁷

So verlangt die DS-GVO beispielsweise, dass der Verantwortliche nachweisen können muss, dass er eine gültige Einwilligung eingeholt hat. Alle angenommenen Einwilligungen, für die keine Nachweise aufbewahrt wurden, entsprechen automatisch nicht dem Standard der DS-GVO in Bezug auf Einwilligungen und müssen erneuert werden. Ähnlich schreibt die DS-GVO das Vorliegen einer „Erklärung oder eindeutigen bestätigenden Handlung“ vor. Auch alle vermuteten Einwilligungen, die auf einer indirekteren Form der Handlung der betroffenen Person beruhen (z. B. ein bereits angekreuztes Kästchen) erfüllen den Standard der DS-GVO in Bezug auf die Einwilligung nicht.

Darüber hinaus müssen die Vorgänge und IT-Systeme möglicherweise überprüft werden, um nachweisen zu können, dass eine Einwilligung eingeholt wurde und um granularere Angaben der Wünsche der betroffenen Person zu ermöglichen. Es müssen auch Mechanismen zur Verfügung stehen, mit denen die betroffenen Personen ihre Einwilligung einfach widerrufen können und es müssen Informationen bereitgestellt werden, wie die Einwilligung widerrufen werden kann. Wenn die vorliegenden Verfahren für das Einholen und Verwalten der Einwilligung die Standards der DS-GVO nicht einhalten, müssen die Verantwortlichen eine neue Einwilligung einholen, die mit der DS-GVO konform ist.

Da auf der anderen Seite nicht alle Elemente, die in den Artikeln 13 und 14 aufgeführt sind, stets als Bedingung für eine gültige Einwilligung in Kenntnis der Sachlage vorliegen müssen, stehen die erweiterten Informationspflichten nach der DS-GVO nicht notwendigerweise im Gegensatz zum Weiterbestehen einer Einwilligung, die erteilt wurde, bevor die DS-GVO in Kraft trat (siehe Seite 15). In der Richtlinie 95/46/EG gab es keine Vorschrift, die betroffenen Personen über die Grundlage für die Verarbeitung zu informieren.

Wenn ein Verantwortlicher der Auffassung ist, dass die vorher nach den alten Rechtsvorschriften eingeholte Einwilligung die Standards der DS-GVO nicht einhält, muss er Maßnahmen ergreifen, um diese Standards einzuhalten, beispielsweise indem er die Einwilligung auf eine mit der DS-GVO konforme Weise erneuert. Gemäß der DS-GVO ist es nicht möglich, zwischen Rechtsgrundlagen zu wechseln. Wenn es einem Verantwortlichen nicht möglich ist, eine Einwilligung auf eine mit der DS-GVO konforme Weise zu erneuern und - als einmalige Situation - den Übergang zu einer mit der DS-GVO konformen Einwilligung zu erreichen, indem er diese auf eine andere Rechtsgrundlage stützt, während er gleichzeitig dafür sorgt, dass die fortlaufende Verarbeitung nach Treu und Glauben erfolgt und Rechenschaft geleistet wird, müssen die Verarbeitungstätigkeiten eingestellt werden. Der Verantwortliche muss auf jeden Fall die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, Transparenz und von Treu und Glauben einhalten.

⁷⁷ Wie in der Einleitung dargelegt wurde, werden in der DS-GVO die Vorschriften präzisiert und genau angegeben, wie eine gültige Einwilligung eingeholt und nachgewiesen werden kann. Viele der neuen Anforderungen bauen auf der Stellungnahme 15/2011 zur Einwilligung auf.

***** ENDE DES SCHRIFTSTÜCKS *****