



Umgang mit der Einwilligung...

Lukas Mempel
Konzernschutzbeauftragter
Leiter Bereich Datenschutz und Datensicherheit

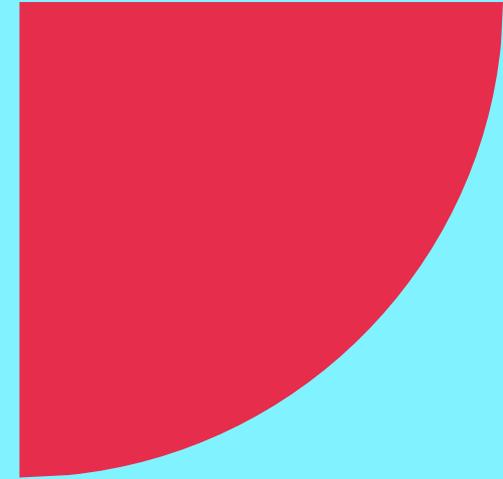
Agenda

1. Allgemeines
2. Einwilligung „Strafrecht“
3. Rechtsgrundlage
4. Wirksamkeit der Einwilligung
5. Sonderformen und Beispiele
6. Fragen

Allgemeines

Einwilligungen nach verschiedenen Rechtgebieten...

- ❖ **Zivilrechtliche** „Zustimmung“ (§ 183 BGB) im Gegensatz zu Genehmigung
- ❖ **Strafrechtliche** Einwilligung: als Rechtfertigungsgrund, der die Strafbarkeit eines Verhaltens entfallen lassen kann (§ 228 StGB)
- ❖ **„Schweigepflichtentbindung“** - Einwilligung (Befugnis) in die Weitergabe von Daten, sodass keine unrechtmäßige Weitergabe im Sinne von § 203 StGB
- ❖ Einwilligung **Ordnungswidrigkeitenrecht**
- ❖ **Datenschutzrechtliche** Einwilligung: Die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten.



Abgrenzungsfragen

Strafrechtliche Einwilligung		Datenschutzrechtliche Einwilligung
Einverständnis zur Offenbarung („Befugnis zur Offenbarung)	👎	Einwilligung bzgl. Datenverarbeitung (Befugnis zur beschriebenen Verarbeitung)
Einsichts- und Urteilsfähigkeit muss gegeben sein = Bedeutung und Tragweite muss überblickt werden können	👍	Einsichts- und Urteilsfähigkeit muss gegeben sein = Bedeutung und Tragweite muss überblickt werden können
Unterrichtung bzgl. Art und Umfang der Einschaltung Dritter (konkrete Bezeichnung erforderlich)	👎	Unterrichtung bzgl. Art und Umfang der Einschaltung Dritter („broad consent“ ggf. keine konkrete Bezeichnung)
Generalvollmachten ungültig	👎	Generalvollmachten ungültig (Aber: broad consent?)
Willensmängel können zur Unwirksamkeit führen (z. B. Drohungen, Täuschungen oder Irrtümer)	👍	Willensmängel können zur Unwirksamkeit führen (z. B. Drohungen, Täuschungen oder Irrtümer)
Rückwirkende Einwilligung nicht möglich	👍	Rückwirkende Einwilligung nicht möglich
Einwilligung widerrufbar	👍	Einwilligung widerrufbar
Konkludente Einwilligung möglich	👎	Konkludente Einwilligung nicht möglich

Tabelle 1: Gegenüberstellung einiger Anforderungen an eine strafrechtliche bzw. datenschutzrechtliche Einwilligung Entnommen (wie so vieles) aus: Praxishilfe: Die datenschutzrechtliche Einwilligung: Freund (nicht nur) des Forschers

Einwilligung

Strafrechtliche Betrachtung....

- Erforderlichkeit der Einwilligung in eine Krankenhausbehandlung
lege artis
- Erforderlichkeit einer Einwilligung nach § 630d BGB
- § 203 StGB Schutzgesetz nach § 823 II BGB
zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für Schadensersatz
- Offenbarungsbefugnis durch Einwilligung nach § 203 I StGB

Strafrechtliche Betrachtung Einverständnis....

Das Einverständnis wirkt tatbestandsausschließend:

Setzt das Delikt **notwendig ein Handeln** gegen oder ohne den Willen des Opfers voraus, so führt die Billigung des Opfers (Einverständnis) dazu, dass schon der **Tatbestand** des Delikts **nicht gegeben ist**.

Maßgeblich dabei ist der natürliche Wille des Opfers – der nicht zwingend nach außen zum Ausdruck gebracht werden muss.

Willensmängel wirken sich grds. nicht auf die Wirksamkeit des Einverständnisses aus. Handelt der Täter irrig in der Annahme des Vorliegens eines Einverständnisses, so irrt er über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals, weshalb gem. § 16 StGB der Vorsatz entfällt.

Einwilligung

Strafrechtliche Betrachtung....

Die Einwilligung wirkt rechtfertigend.

Setzt der Tatbestand eines Delikts **nicht zwingend ein Handeln** gegen oder ohne den Willen des Opfers voraus, so bleibt **trotz seiner Billigung** das Täterverhalten **tatbestandsmäßig**. Die Tatbestandsverwirklichung wird jedoch durch die Einwilligung des Opfers gerechtfertigt.

Anders als beim Einverständnis muss die Einwilligung ausdrücklich (und belegbar...) erklärt werden und eine entsprechende Einsichtsfähigkeit des Opfers gegeben sein. Willensmängel beim Opfer schließen eine wirksame Einwilligung aus.

Nimmt der Täter irrtümlich an, sein Gegenüber hätte in die Handlung eingewilligt, unterliegt er einem Erlaubnistatumstandsirrtum (Rechtsfolgen streitig).

Einwilligung in der Krankenhausbehandlung

Datenschutz- / Straf- und Medizinrecht

Rechtsfolgen bei fehlender/ unwirksamer Einwilligung

Datenschutz(straf)recht

- Artt. 33, 34 DS-GVO
- Art. 83 V lit. a DS-GVO
- § 41 BDSG iVm OWiG, StPO, GVG (CAVE: § 41 BDSG inkludiert Ausschlussprinzip/ Nichtanwendbarkeit OWiG)

Medizin(straf)recht

- § 203 I Nr. 1 StGB
- § 223 I StGB, sofern keine wirksame Einwilligung und/ oder kein anderer Rechtfertigungsgrund vorliegt
- § 228 StGB, Einwilligungsschranke
- Erlaubnistatbestandsirrtum nach § 16 StGB bei mutmaßlicher Einwilligung ?

Die datenschutzrechtliche Einwilligung



Gesetzliche Grundlagen

EU Datenschutz-Grundverordnung EU DS-GVO

Bundesdatenschutzgesetz – BDSG (neu)

Landesdatenschutzgesetze

Landeskrankenhausgesetze

„Patientenrechtegesetz“ (§§ 630 a-f BGB)

Sozialgesetzbücher

Telemediengesetz

Telekommunikationsgesetz

Kunsturhebergesetz

Heimgesetz

Meldegesetz



Definition „Einwilligung“

Art. 4 Ziff. 11 DS-GVO

‘consent’ of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her;

„Einwilligung“ der betroffenen Person 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

Definition „Einwilligung“

Art. 9 Abs. 2 a) DS-GVO

(a) the data subject has given explicit consent to the processing of those personal data for one or more specified purposes, except where Union or Member State law provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject;

a) Die betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt, es sei denn, nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden,

Einwilligung Allgemein

Erwägungsgrund 32

(32) Die Einwilligung sollte durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der **freiwillig**, für den **konkreten** Fall, **in informierter Weise** und **unmissverständlich** bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung.

Dies könnte etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert.

Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen. Die Einwilligung sollte sich auf alle zu demselben Zweck oder denselben Zwecken vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge beziehen.

Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden. Wird die betroffene Person auf elektronischem Weg zur Einwilligung aufgefordert, so muss die Aufforderung in klarer und knapper Form und ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes, für den die Einwilligung gegeben wird, erfolgen.

Grundelemente der Einwilligung



Einer Einwilligung kann nur zustimmen, wer einsichtsfähig ist.

- ❖ **Einsichtsfähigkeit**

Weitere Anforderungen an eine rechtsgültige Einwilligung:

- ❖ **Freiwilligkeit,**

- ❖ **Bestimmtheit,**

- ❖ **Zweckbindung,**

- ❖ **Informiertheit** sowie

- ❖ **Ausdrücklichkeit** in den Fällen des Art. 9 Abs. 2 lit. a, Art. 22 Abs. 2 lit. c sowie Art. 49 Abs. 1 lit. f DS-GVO.

Grundsatz

EuGH Urteil vom 11.11.20 C-61/19 Orange Rumania/ANSPDCP

Art 2 lit h und Art 7 lit a DS-RL sowie Art. 4 Nr. 11 und Art. 6 Abs. 1 lit a DS-GVO sind dahin auszulegen, dass es dem für die Verarbeitung von Daten Verantwortlichen obliegt nachzuweisen, dass die betroffene Person ihre Einwilligung in die Verarbeitung ihrer pb Daten

- durch aktives Verhalten bekundet hat und dass sie
- vorher eine Information
- über alle Umstände im Zusammenhang mit dieser Verarbeitung
- in verständlicher und leicht zugänglicher Form
- in einer klaren und einfachen Sprache erhalten hat.

Es muss gewährleistet sein, dass der Betroffene in die Lage versetzt wird, die Konsequenzen seiner Einwilligung leicht zu ermitteln und damit die Einwilligung in voller Kenntnis der Sachlage erteilt wird.

„Kein Ausschluss“ der Einwilligung....

Bei der Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ist zu beachten, dass eine Einwilligung in die Verarbeitung dieser Daten nur möglich ist,

wenn der betreffende Mitgliedstaat **kein Verbot dieser Verarbeitung** erlassen hat.

So ist z. B. die Verarbeitung von Sozialdaten in Deutschland abschließend in den Sozialgesetzbüchern geregelt und eine von den dort legitimierten Verarbeitungsmöglichkeiten abweichende Nutzung von Sozialdaten dürfte auch mit einer Einwilligung **nicht legitimiert** werden können.

Weiterhin entsprechend Art. 9 Abs. 4 DS-GVO zu beachten, dass

„die Mitgliedsstaaten durch nationale Regelungen für die Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten zusätzliche Bedingungen, einschließlich Beschränkungen, einführen oder aufrechterhalten können“.

Systematik Art. 6 DS-GVO

Grundsätzlich steht die Einwilligung **gleichrangig** neben andere Erlaubnistatbeständen.

Es ist darauf zu achten, dass eine Einwilligung nicht eingeholt werden sollte, wenn bereits die Datenverarbeitung mittels einer entsprechenden Rechtsgrundlage (wie z. B. dem Behandlungsvertrag) legitimiert ist.

Die (zusätzliche) Einholung einer Einwilligung bringt in einem solchen Fall keine zusätzliche Legitimation, verstärkt hingegen das Risiko, dass bei einer Verweigerung der Einwilligung des Betroffenen die Verarbeitung der pb Daten gegen den ausdrücklichen Willen des Betroffenen durchgeführt wird.

Ob die Datenverarbeitung sich da zwar weiterhin auf die vorhandene rechtliche Legitimationsgrundlage stützen.

Die Frage, ob trotz entgegenstehendem Willen des Betroffenen eine andere rechtliche Grundlage die Verarbeitung legitimieren kann, ist nicht in allen Fällen rechtlich geklärt.

Folgen bei unwirksamer Einwilligung

Eine Einwilligung, die nicht den dargestellten Anforderungen genügt, ist unwirksam und kann nicht als Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung herangezogen werden. Die Datenverarbeitung in diesem Fall auf eine andere Rechtsgrundlage zu stützen, beispielsweise die Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO), ist grundsätzlich unzulässig, denn der Verantwortliche muss die Grundsätze der Fairness und Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO) beachten. Jedenfalls ist ein willkürliches Wechseln zwischen Einwilligung und anderen Rechtsgrundlagen nicht möglich.

Kurzpapier Nr. 20 DSK (wir derzeit überarbeitet)

Einordnung Einwilligung

Abgrenzungsfragen

Grundsätzlich steht die Einwilligung **gleichrangig** neben andere Erlaubnistatbeständen.

Die Kumulation von Rechtsgrundlagen nach der DSGVO soll zwar **möglich** sein, dies ist aber so zu verstehen, dass die Datenverarbeitung von Beginn an auf mehrere Ermächtigungsgrundlagen gestützt wurde-

andernfalls läge eine unzulässige Auswechslung von Rechtsgrundlagen vor.

Dies wird mit einer sonst unrichtigen Betroffeneninformation begründet.

(etwa Krusche in ZD 2020; Seiten 232 f)

This was emphasised in the European Data Protection Board's (EDPB) Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, which emphasise that "**consent can only be an**

28

Assessment of the EU Member States' rules on health data in the light of GDPR

appropriate lawful basis if a data subject is offered control and is offered a genuine choice with regard to accepting or declining the terms offered or declining them without detriment". The inclusion of consent as one of the legal bases may therefore have to be interpreted slightly differently. It may be that consent is used as a safeguard, rather than as a legal basis for the processing of data in itself. If the processing of data is required in law, as it often is in the case of data collection in a healthcare setting, then usually consent would only be an additional safeguard (the law would be the legal basis for processing).

Einwilligung

Einsichtsfähigkeit

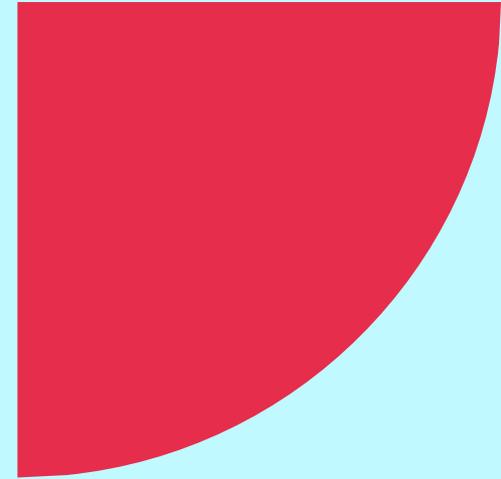
Betroffene Personen, die über eine Einwilligung entscheiden können sollen,

müssen einerseits eine hinreichende Fähigkeit zur kognitiven Erfassung des Sachverhalts

einschließlich der mit einer Einwilligung verbundenen Folgen aufweisen,

gleichzeitig muss die Fähigkeit zur selbstbestimmten Willensbildung

sowie Willensbekundung vorhanden sein.



Einsichtsfähigkeit

- **Grundsatz: Einwilligung ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung**
 - Einsichts- (Rechts- ?) fähigkeit
 - Willensbekundung

- **Probleme: Beurteilung der Rechtsfähigkeit im Lichte der EU-DS-GVO**
 - Direkte Anwendung der § 104ff BGB (wohl -)
 - aber mehr als nur „Richtschnur“
 - Natürliche Willensfähigkeit
 - Einsichts- Steuerungsfähigkeit
 - Urteilsfähigkeit

Der Einwilligende muss in der Lage sein, Nutzen und Risiken seiner konkreten Erklärung zu verstehen und abwägen zu können.

Einsichtsfähigkeit

Mögliche Einschränkungen

1. Der Patient ist sediert und kann eine oder mehrere Wahlmöglichkeit(en) nicht nutzen
2. Der Patient kann auf Grund einer Einschränkung die gegebene Information nicht wirklich verstehen.
3. Der Patient kann - etwa auf Grund einer wahnhaften Vorstellung - die Information zwar verstehen aber nicht nutzen
4. Der Patient hat etwa auf Grund seiner aktuellen Leistungsfähigkeit keine wirkliche Einsicht in die Natur seiner Situation und Verhältnisse
5. Der Patient kann sich nicht in Übereinstimmung mit seinen eigenen Werten, Zielen und Haltungen entscheiden (z. B. Wesensänderung bei Demenz).

Hilfestellung: Orientierung an Grundsätzen der Geschäftsfähigkeit wie an weiteren Kriterien wie der freien Willensbildung, der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sowie der Fähigkeit zu einer vernünftigen Interessenwahrnehmung

Einsichtsfähigkeit

OLG Hamm Ur. v. 02.11.2010 Az. 3 RVs 93/10

„Bei einem **BAK von 1,23 Promille** ist ohne Hinzutreten deutlicher Ausfallerscheinungen von der *Einwilligungsfähigkeit* des Beschuldigten auszugehen.“

Auch:

LG Saarbrücken Ur. v. 13.11.2008 Az. 2 Qs 53/08:

„Gegen die Wirksamkeit der Einwilligung spricht schließlich auch nicht der bei der Beschuldigten festgestellte **BAK-Mittelwert von 1,57 ‰**, welcher auf der um 21:35 Uhr – also etwa eine Stunde und zwanzig Minuten nach dem Unfall – durchgeführten Blutentnahme basiert. Zwar kann die *Einwilligungsfähigkeit* eines Beschuldigten aufgrund der Stärke des Alkoholeinflusses im Einzelfall zweifelhaft sein. Hierfür genügt aber nicht bereits jede alkoholische Beeinflussung.“



Einwilligung

Höchstpersönlichkeit

Europarechtlich ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein Recht, welches nur der betroffenen Person selbst zusteht und welches nicht übertragen werden kann;

Einwilligungen können daher auch entsprechend Art. 8 GRCh nur von der betroffenen Person selbst erklärt werden.

Für den Fall, dass die Einwilligung aufgrund einer Unfähigkeit des Betroffenen durch einen gesetzlichen Vertreter erfolgt hat diese nur so lange Bestand hat, wie die Einwilligungsunfähigkeit vorliegt.



Freiwilligkeit

ErwGr. 42

Freiwilligkeit muss „**eine echte oder freie Wahl**“ beinhalten muss; der Betroffene muss in der Lage sein, seine Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne dadurch Nachteile zu erleiden.

EDSA Leitlinie 5/2020:

Freiwilligkeit bei einer Einwilligung immer die Möglichkeit des Betroffenen zu einer echten Wahl voraussetzt, d. h. betroffene Personen dürfen im Zuge der Einholung der Einwilligung nicht vor vollendete Tatsachen gestellt werden. Von einer gültigen Einwilligung kann beispielsweise nicht ausgegangen werden, wenn die betroffene Person lediglich die Alternative zwischen ihrer Erteilung und dem Verzicht auf einer Teilnahme am sozialen Leben hat.

Besonderes Augenmerk ist nach der Datenschutz Grundverordnung auf die **Freiwilligkeit einer Einwilligung** zu richten. Es kann nur dann davon ausgegangen werden, dass eine betroffene Person ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte und freie Wahl hat, also in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden (siehe ErwGr. 42).

DSK Kurzpapier 20

Freiwilligkeit

Entscheidung ist dann nicht freiwillig, wenn dem Betroffenen im Falle der Nichterteilung Nachteile in Aussicht gestellt werden...

Nachteile:

- Zum Zeitpunkt der Erklärung
- Bekannt oder Erwartbar

Kein Nachteil

- Wenn der Datenverarbeitung „immanent“
- Voraussetzung des Leistungsanspruchs

Dienstleistung gegen Daten

- Einstellung zur Datenverarbeitung tatsächlich ersichtlich
- Keine Voreinstellung der Auswahl



**So auch:
BGH in ZD 2020
Seiten 467 f**

Freiwilligkeit

Bloße „Unannehmlichkeit“ einer Verweigerung reicht nicht, aber....

wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht“
(wie beispielsweise im Angestelltenverhältnis oder im Arzt-Patienten-Verhältnis)

„und es in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall **unwahrscheinlich** ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde“, eine solche Einwilligung nicht als gültige Rechtsgrundlage angesehen werden sollte. Grundsätzlich müssen die Umstände des jeweiligen Einzelfalls betrachtet werden, insbesondere die Ausgestaltung der Einwilligung sowie die Tragweite der Verarbeitung für die betroffenen Personen.

Freiwilligkeit und Kopplungsverbot:

ErwGr.43: Eine Einwilligung ist nicht freiwillig, wenn

„die Erfüllung eines Vertrags (einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung) von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese **Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich** ist“.

So auch EDSA-Leitlinie 05/2020:

„[...] eine Situation, in der die Einwilligung und die Annahme von Vertragsbedingungen „gebündelt“ werden 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**, [...] gilt sie als nicht freiwillig erteilt.“

Planet49“-Urteil

EuGH, Urt. v. 01.10.2019 Az. C-673/17

Zum einen:

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat auf Vorlage durch den Senat auch mit Blick auf Art. 4 Nr. 11 der Verordnung (EU) 2016/679 entschieden, dass ein vom Nutzer **abzuwählendes, voreingestelltes Ankreuzkästchen keine wirksame Einwilligung** darstellt.

Zum anderen:

Weiterhin urteilte der EuGH, dass sich eine Einwilligung **nicht aus einer Willensbekundung zu einem anderen** Gegenstand ergeben könne:

Eine Bestätigung der Teilnahme an dem Gewinnspiel kann nicht gleichzeitig eine Cookie-Einwilligung legitimieren.

Hier werden Einwilligungen zu verschiedenen Zwecken miteinander „gekoppelt“.

Exkurs:

Freiwilligkeit in Coronazeiten

Corona Warn App

(Ruscheimer in ZD 12/20 Seiten: 618ff)

Asymmetrische Machtverhältnisse

Staat – Bürger

- Allein nicht ausreichend (ErwGr 43)
- Jedoch strenge Anforderungen
- App als „Eintrittskarte“ – 
- Zweckentfremdung bei Abfrage durch Dritte
 - *Keine Teilautomatisierte Verarbeitung*
 - *Ablesen allein keine „Systemeingabe“*

Verantwortlicher: RKI (oberste Bundesbehörde)

Subordination wenn Gesundheitsämter – Bürger

Daher wohl zulässig, sollte aber durch Schaffung eines gesetzlichen Rahmens gesichert werden.

Bestimmtheit

Art. 4 Ziff. 11 DS-GVO:

Die Einwilligung muss „für den bestimmten Fall“ gegeben werden.

Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO

„für einen oder mehrere bestimmte Zwecke

Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO

„für einen oder mehrere festgelegte Zwecke“

- **Welche personenbezogenen Daten werden verarbeitet?**
- **Was ist die Verarbeitungsform?**
- **Wer ist der Verantwortliche?**
- **Wer sind etwaige Datenempfänger?**

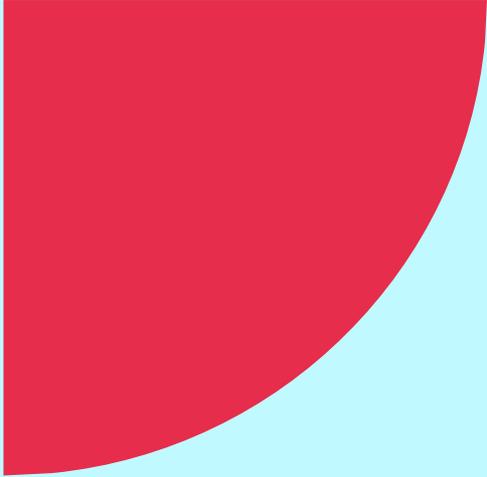
Zweckbindung

Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO

Eine Einwilligung muss für einen oder mehrere bestimmte Zwecke erteilt werden,

Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO

Der Betroffene hat **ausdrücklich für einen oder mehrere festgelegte Zwecke** eingewilligt.



Eine Einwilligung kann daher immer nur zweckgebunden abgegeben werden.

Dem Einholen einer Einwilligung geht stets die Darlegung eines festgelegten, eindeutigen und legitimen Zwecks für die beabsichtigte Verarbeitungstätigkeit voraus. (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

Zweckbindung

ErwGr 43 /

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.

EDSA

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.

Zweckbindung

ErwGr. 32

eine Einwilligung sollte „auf alle zu **demselben Zweck** oder **denselben Zwecken** vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge“ beziehen.

Daraus folgt, dass wenn eine Verarbeitung mehreren Zwecken dienen soll, für alle diese Verarbeitungszwecke eine separate Einwilligung gegeben werden sollte.

Einwilligung

Informiertheit

Eine Einwilligung muss „für den konkreten Fall, in **informierter** Weise und unmissverständlich“ abgegeben werden muss. (ErwGr. 32)

Damit die betroffene Person „in Kenntnis der Sachlage ihre Einwilligung geben kann“, sollte sie „**mindestens** wissen,

- wer der Verantwortliche ist und
- für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen.

(ErwGr. 42)

...vorformulierte Einwilligungserklärung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache, welche den der Einwilligung zugrunde liegenden Sachverhalt der betroffenen Person hinreichend genau erklärt

Einwilligung

Informiertheit Mindestinhalte

EDSA Leitlinien 05/2020

- die Identität des Verantwortlichen,
- der Zweck jedes Verarbeitungsvorgangs, für den die Einwilligung eingeholt wird,
- die (Art der) Daten, die erhoben und verwendet werden,
- das Bestehen eines Rechts, die Einwilligung zu widerrufen,
- gegebenenfalls Informationen über die Verwendung der Daten für eine automatisierte Entscheidungsfindung gemäß Art. 22 Abs. 2 lit. c DS-GVO, und
- Angaben zu möglichen Risiken von Datenübermittlungen ohne Vorliegen eines Angemessenheitsbeschlusses und ohne geeignete Garantien nach Art. 46 DS-GVO.

Einwilligung

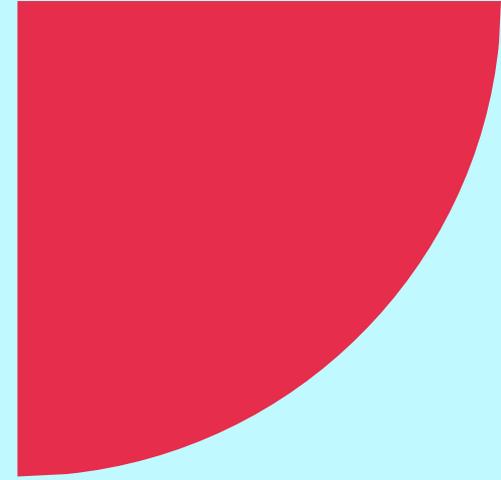
Informiertheit

EuGH Urteil v. 01.10.2019 Az. C-673/17

Die klaren und umfassenden Informationen müssen den Nutzer in die Lage versetzen, die Konsequenzen einer etwaigen von ihm erteilten Einwilligung leicht zu bestimmen, und gewährleisten, dass die Einwilligung in voller Kenntnis der Sachlage erteilt wird.

Auch bei technischen Sachverhalten müssen die Informationen klar, verständlich und detailliert genug sein, um es dem Nutzer zu ermöglichen, die Funktionsweise zu verstehen.

Transparenz



Transparenz Art. 12 DS-GVO

Erforderlich: Kenntnis der Sachlage

Informiertheit Artt. 13 / 14 DS-GVO

Hinreichende Mitteilung entsprechend der Informationspflichten

Art und Weise der Bereitstellung

Nachweispflicht beachten!

Bei Änderungen: Zeitstempel setzen (Beispiel: Coronaschutzverordnungen...)

„Mehrschichtige“ Informationsbereitstellung

Um „präzise und vollständig aber auch verständlich zu sein“

Einwilligung Gesundheitsdaten bei Internetbestellungen

Urteil OLG Naumburg vom 7.11.2019 Az.:
9 U 6/19

...“angesichts des Wortlauts des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO („ausdrücklich einwilligt“) dürfte eine **konkludente Einwilligung** die Voraussetzung dieser Vorschrift **nicht erfüllen**.

Darüber hinaus ist [in dem konkreten Fall] die Verpflichtung des Apothekers zur Einholung einer schriftlichen Einwilligung berufsrechtlich durch die BO der Apothekerkammer Sachsen-Anhalt konkretisiert.“

Die Daten die A. für den Bestellvorgang erfasst, stellen sicher keine Gesundheitsdaten i. e. S. dar, wie z. B. ärztliche Befunde. Gleichwohl können aus den Bestelldaten Rückschlüsse auf die Gesundheit des Bestellers gezogen werden. Soweit eingewendet wird, dass eine Internetbestellung auch für Mitglieder der Familie und andere Personen erfolgen könne, trifft dies zu. Dies senkt aber nur die Wahrscheinlichkeit, mit der der gezogene Rückschluss zutrifft. Dies reicht jedoch nicht aus, um die Gesundheitsbezogenheit der Daten entfallen zu lassen...“

„Breite“ Einwilligung

Broad Consent

Eine Einwilligung zur Nutzung personenbezogener Gesundheitsdaten wie auch genetischer Daten im Sinne von Art. 4 Ziff. 13 und 15 DS-GVO kann zu **wissenschaftlicher Forschung**,

welche unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung durchgeführt wird, erfolgen,

auch wenn der Zweck zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten nicht vollständig angegeben werden kann.

Dies wird entsprechend ErwGr. 33 als sogenannte „breite Einwilligung“ („broad consent“) bezeichnet.

**Sonderfall der
Einwilligung im
Forschungsbereich**

Broad Consent

Erwägungsgrund 33

1. Es muss wissenschaftliche Forschung vorliegen. In der DS-GVO findet sich bzgl. „wissenschaftlicher Forschung“ keine Legaldefinition. In Deutschland wird i. d. R. auf das Hochschulurteil des BVerG von 1973 verwiesen (BVerfG vom 29.05.1973 Az 1 BvR 424/71).

Hinweis:

Der Europäische Datenschutzausschuss wies darauf hin, dass in Anbetracht der in Art. 9 DS-GVO enthaltenen strikten Bedingungen hinsichtlich der Verwendung sensibler Daten, wie sie genetische oder Gesundheitsdaten darstellen, die Anwendung des **flexiblen Ansatzes** von ErwGr. 33 einer strikteren Auslegung unterliegt und stärker geprüft werden muss.

Broad Consent

Erwägungsgrund 33

2. Der Forschungszweck kann zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten nicht **vollständig** angegeben werden. :

a. Der **Zweck der konkreten Forschung** muss auch bei broad consent angegeben werden.

b. Es muss **nachgewiesen** werden können, dass der vollständige Forschungszweck nicht angegeben werden kann.

Bei Nutzung von broad consent ist somit zwingend eine entsprechende Dokumentation durchzuführen und natürlich muss die Dokumentation ggf. den Datenschutz-Aufsichtsbehörden zur Verfügung gestellt werden können.

Broad Consent

Erwägungsgrund 33

3. Broad consent ist **nicht generell** bei wissenschaftlicher Forschung anwendbar, sondern nur für „bestimmte Bereiche“.

Eine unbestimmte Speicherung von Daten zu Forschungszwecken ist nicht erlaubt

(„sammeln aller Patientendaten zu Forschungszwecken in einem Krankenhaus“ wie auch „jede Art von zur Zeit nicht absehbaren künftigen medizinischen Forschungszwecken“).

4. „Einhaltung der anerkannten ethischen Standards“- Einbindung und Begutachtung durch Ethik-Kommission

Entsprechendes Votum der genehmigten Forschung ist mit zu dokumentieren.

Broad Consent

Erwägungsgrund 33

5. Betroffenen Personen muss es möglich sein,

ihre Einwilligung nur für **bestimme Forschungsbereiche** oder Teile von Forschungsprojekten in dem vom verfolgten Zweck zu erteilen.

Dabei muss - soweit möglich - die Verwendung der Daten für die betroffene Person nachvollziehbar eingegrenzt werden.

- a) Nutzungsordnung oder eines einsehbaren Forschungsplanes,
- b) Arbeitsmethoden und Fragestellungen, die Gegenstand der Forschung sind
- c) Information etwa über einer Internet hinsichtlich laufender / zukünftiger Studien.

Broad Consent

Erwägungsgrund 33

Hinweis:

Der Europäische Datenschutzausschuss wies darauf hin, dass in Anbetracht der in Art. 9 DS-GVO enthaltenen strikten Bedingungen hinsichtlich der Verwendung sensibler Daten, wie sie genetische oder Gesundheitsdaten darstellen, die Anwendung des flexiblen Ansatzes von ErwGr. 33 einer strikteren Auslegung unterliegt und **stärker geprüft** werden muss.

Mutmaßliche Einwilligung

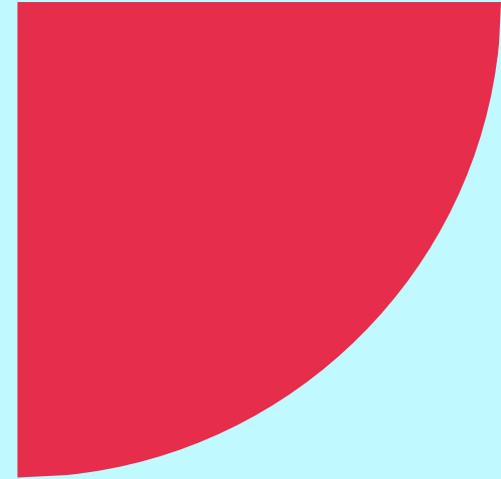
Art. 9 Abs. 2 lit a DS-GVO sieht eine „ausdrückliche“ Einwilligung vor.

Demnach erscheint eine **konkludente Einwilligung** wie auch unter der DS-RL **nicht ausreichend**.

Ist der Betroffenen aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande seine Einwilligung zu geben käme eine Ausnahme nach Art. 9 Abs. 2 lit c DS-GVO „**zum Schutz lebenswichtiger Interessen**“ in Betracht.

Im Vordergrund muss dann der **hypothetische Wille** des Betroffenen stehen

Einwilligung von Kindern



Einwilligung von Kindern

Grundsatz bei Diensten der Informationsgesellschaft

Spezialnorm – deren Regelungsgehalt durchaus auch auf Sachverhalte ausstrahlen kann, die nicht unmittelbar von der Norm erfasst sind.

(Heckmann/Paschke in Ehmann/Selmayr DSGVO Kommentar Art. 8 Rn. 1)

Kinder (nach Art. 8 Abs. 1 DS-GVO : alle Personen unter 16 Jahren) können selbst eine Einwilligung abgeben ,wenn

- bei ihnen das für eine wirksame Einwilligung erforderliche Verständnis der Erklärungen / die notwendige Einsichtsfähigkeit, vorhanden ist.
- Einzelfallentscheidung, ob Kinder im Einzelfall einwilligungsfähig sind,
- Abhängig von Reichweite und vom Inhalt der Einwilligung selbst.

Ab 16 Jahren sind sie auf jeden Fall einwilligungsfähig im Sinne der DS-GVO

Ernst S. (2017) Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung. ZD: 110-114

Einwilligung von Kindern

Einwilligung der Eltern

DS-GVO enthält keine Bestimmung, wer Träger der elterlichen Verantwortung ist.

Daher: Nationales Recht

Grundsatz: Wohl beide Elternteile

In der Regel besteht kein Grund an der Aussage eines Elternteils über Einwilligung des anderen zu vertrauen.

Nicht wenn Anhaltspunkte dagegen aktenkundig / bekannt sind.



Ausnahme:

Erfahrungen aus der klinischen Praxis....

Beispiel: Psychiatrie;
Geburtshilfe....

Einwilligung Kinder

Eintritt Einwilligungsfähigkeit

Bei Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern durch den gesetzlichen Vertreter :

sobald die betroffene Person das Alter der digitalen Mündigkeit erreicht, kann / muss zuvor erteilte Einwilligung durch Betroffenen bestätigt, geändert oder widerrufen werden,

Ist die Verarbeitung zu diesem Zeitpunkt noch nicht beendet, so muss der Verantwortliche gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben die betroffene Person über die Möglichkeit zur eigenen Entscheidung hinsichtlich der weiteren Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten inklusive der Möglichkeit zu einem Widerruf der Einwilligung der gesetzlichen **Vertreter informieren.**



Einwilligung

Form

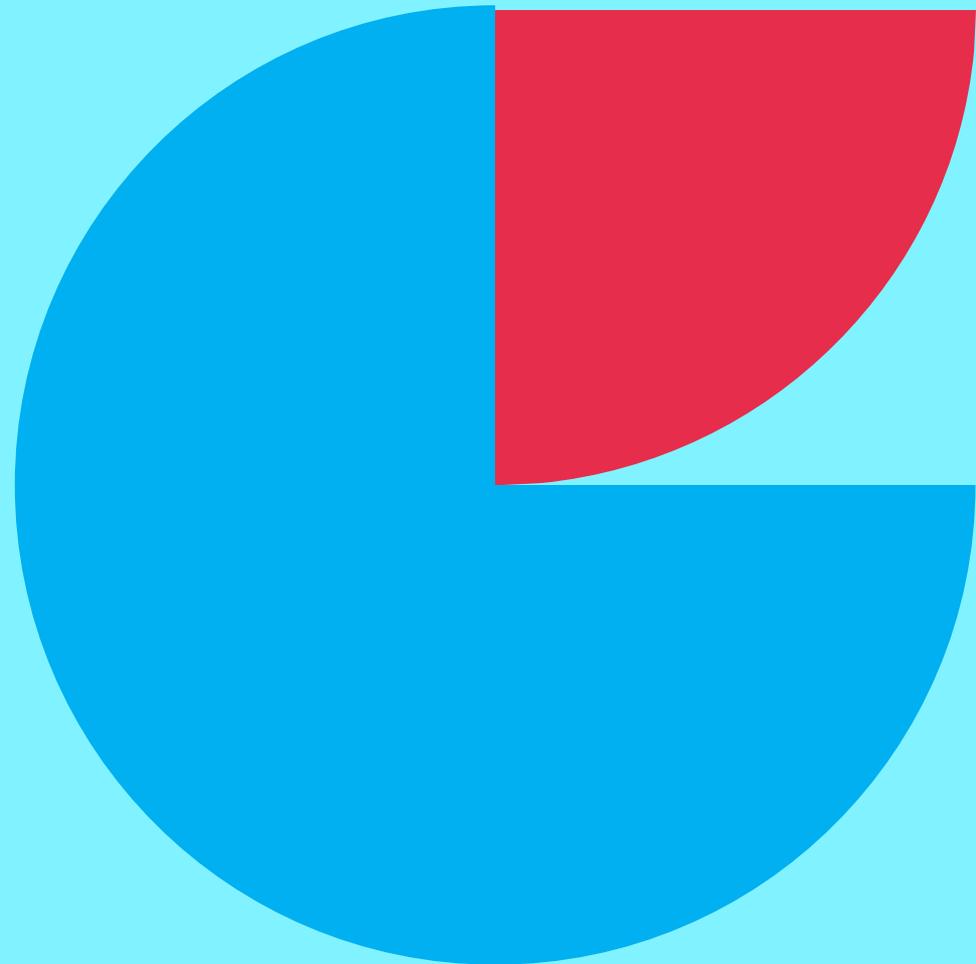
Die DS-GVO enthält **keine konkreten** Vorgaben hinsichtlich der Form einer Einwilligung.

Somit gilt der Grundsatz der **Formfreiheit**: Eine Einwilligung kann mündlich, schriftlich oder auch elektronisch (z. B. E-Mail / Webformular) abgegeben werden.

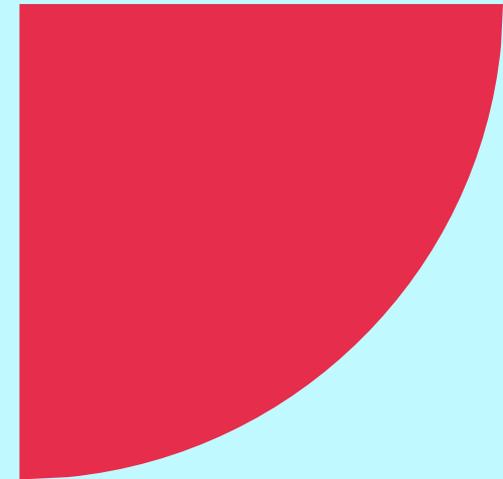
Aber: **Nachweispflicht** des Verantwortlichen:

Gemäß Art. 7 Abs. 1 DS-GVO muss der Nachweis des Vorliegens einer rechtsgültigen Einwilligung erbracht werden können.

Die DS-GVO schreibt jedoch nicht vor, wie der Nachweis zu erbringen ist; bei elektronischen Einwilligungen wird eine Protokollierung für den Nachweis eingesetzt.



Widerruf



Hierzu auch:
Stefan Ernst in
ZD 8/2020 Seiten 383f

Einwilligung

Widerruf

Art. 7 Abs. 3 DS-GVO beinhaltet das Recht der betroffenen Person, eine gegebene Einwilligung jederzeit widerrufen zu können.

Dabei berührt ein Widerruf die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht.

Ein Widerruf gilt immer nur für die **nach** dem Widerruf geplante Verarbeitung.

Entsprechend Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO muss die betroffene Person von dieser Tatsache **vor Abgabe ihrer Einwilligung** in Kenntnis gesetzt werden, ein Fehlen der Aufklärung hinsichtlich der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit durch die betroffene Person wird zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen.

Einwilligung

Widerruf

Erfolgt jedoch ein Widerruf der Einwilligung und es liegt kein anderer Erlaubnistatbestand vor, so müssen gemäß Art. 17 Abs. 2 lit. b DS-GVO die personenbezogenen Daten unverzüglich gelöscht werden

Österreichische Aufsichtsbehörde 2018:

„Die Entfernung des Personenbezugs („Anonymisierung“) von pb Daten kann somit grundsätzlich ein mögliches Mittel zur Löschung i. S. v. Art. 4 Z 2 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 DS-GVO sein.

Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis

Art. 88 DS – GVO

Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.

§ 26 BDSG

Erfolgt die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten auf der Grundlage einer Einwilligung, so sind für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen. Freiwilligkeit kann insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2016/679 in Textform aufzuklären.

Öffnungsklausel des Art. 88 DS- GVO

- der Einstellung,
- der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten,
- des Managements,
- der Planung und der Organisation der Arbeit,
- der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz,
- der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz,
- des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden,
- der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen
sowie der
- der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses

Beschäftigungsverhältnis: § 26 Abs. 2 BDSG:

Erfolgt die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten auf der Grundlage einer Einwilligung, so sind für die Beurteilung der **Freiwilligkeit** der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen.

Freiwilligkeit kann insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2016/679 in Textform aufzuklären.

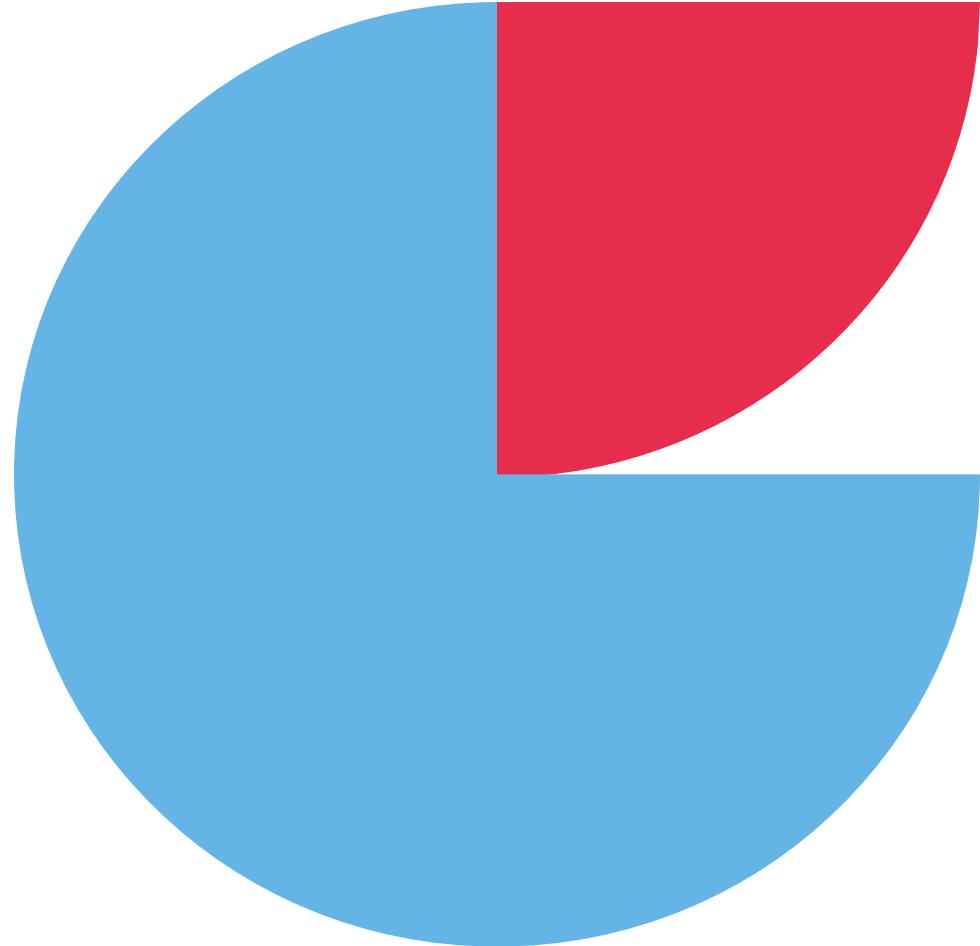
Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis

Gemäß § 26 Abs. 2 S. 2 BDSG kann Freiwilligkeit insbesondere dann vorliegen, wenn

- für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder
- Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen.

In der Gesetzesbegründung finden sich als Beispiel für die Gewährung eines Vorteils:

- die Einführung eines betrieblichen Gesundheitsmanagements zur Gesundheitsförderung oder die
- Erlaubnis zur Privatnutzung von betrieblichen IT-Systemen [/](#)



Einwilligung von Beschäftigten für Foto

Bezüglich Beschäftigten mit Außenkontakten ist unbestritten, dass Name und Kontaktdaten ohne Einwilligung verwendet und veröffentlicht werden dürfen.

Die Einholung einer Einwilligung in die Anfertigung sowie Verwendung von Beschäftigtenfotos (z. B. für einen Hausausweis oder für die Homepage einer Arztpraxis bzw. Krankenhauses) ist daher stets unumgänglich, Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO.

Entsprechend § 26 Abs. 2 BDSG ist eine Einwilligung auch im Beschäftigtenverhältnis möglich. Eine Einwilligung kann/muss insbesondere eingeholt werden, wenn Fotos von Mitarbeitern veröffentlicht werden sollen.

Die informierte Einwilligung muss den Freiwilligkeitskriterien gemäß § 26 Abs. 2 BDSG Rechnung tragen. Dabei ist die Freiwilligkeit aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses auf der Seite der Beschäftigten restriktiv zu betrachten.

Einwilligung Beschäftigungsverhältnis

LAG Köln vom 14.9.2020 Az 2 Sa 358/20

Schadensersatz wegen fortdauernder Verwendung eines Mitarbeiterbildes nach dessen Ausscheiden auf Flyern (als .pdf Datei auf Homepage verfügbar).

...Übersieht ein Arbeitgeber bei der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, dass das Profil eines ehemaligen Arbeitnehmers weiterhin im Internet abrufbar ist, so liegt hierin ein Verstoß gegen Art.17 DS-GVO und eine Persönlichkeitsrechtsverletzung, die einen Schmerzensgeldanspruch des Arbeitnehmers rechtfertigt....

Schmerzensgeld: € 300

Sanktionsrahmen

Bußgelder - Artikel 83 EU DS-GVO

Bußgelder u.a. bei Verstößen gegen Vorschriften bzgl.:

- › **Schutzmaßnahmen** (technisch-organisatorische Maßnahmen)
- › **Auftragsverarbeitung**
- › **Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten**
- › **Datenschutz-Folgeabschätzung**
- › **Bestellung des Datenschutzbeauftragten**

Einwilligung

- › **Rechte der Betroffenen**
- › **Drittlandübermittlung**
- › **Zusammenarbeit mit Aufsichtsbehörden**
- › **Anordnungen der Aufsichtsbehörden**

bis 10 Mio. €
oder bis 2% des
Konzernumsatzes*



bis 20 Mio. €
oder bis 4% des
Konzernumsatzes*

* Je nachdem, was höher ist.

ÜBERSICHT ÜBER ANWEISUNGEN, BEANSTANDUNGEN SOWIE VERWARNUNGEN -AUS DEM TÄTIGKEITSBERICHT DES BFDI 2020

Bayerisches Landesamt für Steuern

Warnung wegen Einwilligungsmodell bei unverschlüsseltem E-Mail-Versand

Finanzministerium des Landes Schleswig-Holstein

Warnung wegen Verstoßes gegen die in den Artikeln 5 Absatz 1 lit. f), 24 und 32 DS-GVO geregelten Anforderungen zur angemessenen Sicherheit der personenbezogenen Daten im Falle von unverschlüsseltem Versand von E-Mails durch die der Aufsicht des Finanzministeriums unterliegenden Finanzbehörden an Steuerpflichtige und Dritte je nach Art und Sensibilität der übermittelten Informationen auch trotz einer vermeintlichen Einwilligung aller Beteiligten gegen die in den Artikeln 5 Absatz 1 lit. f), 24 und 32 DS-GVO geregelten Anforderungen zur angemessenen Sicherheit der personenbezogenen Daten.

Jobcenter Bad Kreuznach

Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten ohne Rechtsgrundlage, Verstoß gegen die Voraussetzungen einer Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO

Telekom Deutschland GmbH

Verwarnung wegen fehlender Einwilligung bei Magenta1 Tarifen

EINWILLIGUNG – AUS DEM TÄTIGKEITSBERICHT VON MV

Nachbarschaftslisten – nur mit Einwilligung

Im vorliegenden Fall legte ein Rentner eine Liste über seine Nachbarn in einer Reihenhaushaus und Einfamilienhaussiedlung an. Diese Nachbarschaftsliste enthielt neben der Adresse mit Hausnummer und Familienname auch die Vornamen der Bewohner sowie die Namen derer Kinder. Nachdem Kopien der Listen in der Nachbarschaft durch den Rentner verteilt wurden, waren mindestens vier Haushalte über diese Datenerhebung und -verbreitung extrem irritiert.

Auf Nachfrage dieser Bewohner beim verantwortlichen Rentner zum Sinn und Zweck der Listen und zur Herkunft der Daten, insbesondere der Namen der Kinder, machte dieser nur lapidare Ausführungen, wie, die Daten habe er erlangt durch Gespräche mit anderen Nachbarn und er benötige diese Daten für die Anmeldung des jährlich von ihm organisierten Osterfeuers in der Siedlung. **Unproblematisch wäre die Erstellung dieser Liste gewesen, wenn der Rentner von Nachbar zu Nachbar gegangen wäre und die Daten bei diesen persönlich mit deren Einwilligung erhoben hätte.** Da er dies nicht getan hat, sondern die Daten über Dritte unter Verletzung des Direkterhebungsgrundsatzes, unter Verletzung seiner Informationspflichten und letztendlich ohne Rechtsgrundlage erhoben und verarbeitet hat, leiteten wir daraufhin ein Ordnungswidrigkeitenverfahren ein und erließen einen Bußgeldbescheid in Höhe von 500,00 Euro. Der Bußgeldbescheid wurde in der Sache vom Amtsgericht Schwerin bestätigt, allerdings das Bußgeld auf 200,00 Euro herabgesetzt

EINWILLIGUNG – AUS DEM TÄTIGKEITS-BERICHT VON BADEN-WÜRTTEMBERG

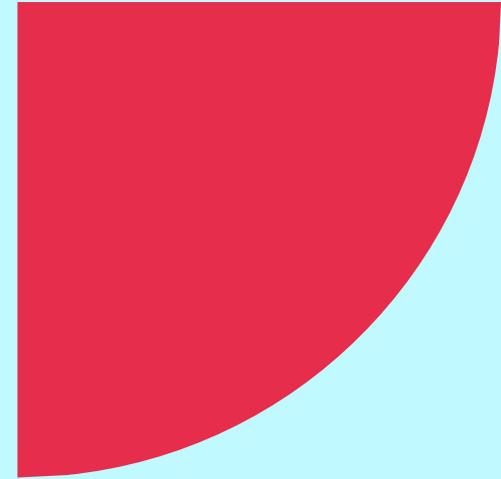
AOK – heilende Wirkung eines Bußgeldes für eine Krankenkasse / fehlende Einwilligung

Mitte Juni haben wir gegen die AOK Baden-Württemberg ein Bußgeld in Höhe von 1.240.000,- Euro verhängt, weil sie technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten nicht in ausreichendem Umfang implementiert hatte. Es handelt sich dabei um das bisher höchste in Baden-Württemberg verhängte Bußgeld und um das erste Bußgeld gegen eine öffentliche Stelle.

Durch monatelange Ermittlungsarbeit der Bußgeldstelle konnte nachgewiesen werden, dass bei Gewinnspielen, welche die AOK in den Jahren 2015 bis 2019 durchgeführt hatte, personenbezogene Daten wie die Kontaktdaten und die Krankenkassenzugehörigkeit von Gewinnspielteilnehmern erhoben und **ohne deren Einwilligung an die Vertriebsabteilung** der AOK zur Neukundenakquise übermittelt worden waren. Auf diese Weise wurden personenbezogene Daten von mehr als 500 Gewinnspielteilnehmern ohne deren Einwilligung zu Werbezwecken verwendet.

Versichertendaten waren hiervon nicht betroffen.

Patienten
Daten –
Schutz –
Gesetz





Patientendaten-Schutz-Gesetz (PDSG)

Gesetz zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastuktur

SGB V (Abschnitt Nutzung der elektronischen Patientenakte durch den Versicherten)

§ 348 Anspruch der Versicherten auf Übertragung von Behandlungsdaten in die elektronische Patientenakte durch Krankenhäuser

(1) Versicherte haben Anspruch auf Übermittlung von Daten nach § 341 Absatz 2 Nummer 1 bis 5, 10, 11 und 13 in die elektronische Patientenakte und dortige Speicherung, **soweit diese Daten im Rahmen der Krankenhausbehandlung des Versicherten elektronisch erhoben wurden und soweit andere Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen**. Die in § 342 Absatz 1 und 2 geregelten Fristen bleiben unberührt.

(2) Die Leistungserbringer in den zugelassenen Krankenhäusern haben

1. **die Versicherten** über den Anspruch nach Absatz 1 zu **informieren** und
2. **die Daten** nach Absatz 1 **auf Verlangen des Versicherten** in die elektronische Patientenakte nach § 341 zu **übermitteln** und dort zu speichern.

(Vorschrift eingefügt durch das Gesetz zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastuktur (Patientendaten-Schutz-Gesetz) vom 14.10.2020, in Kraft getreten am 20.10.2020)



Patientendaten-Schutz-Gesetz (PDSG)

Angebot und Nutzung der ePA gem. § 342 SGB V

a) ab 01.01.2021	b) ab 01.01.2022	c) ab 01.01.2023
Befunde, Diagnosen, Therapie- maßnahmen, Behandlungsberichte	Zusätzlich zu a)	Zusätzlich zu a) und b)
Medikationsplan	Zahn-Bonusheft	AU-Bescheinigungen
Notfalldaten	Untersuchungsheft für Kinder	Daten zur pflegerischen Versorgung
Arztbriefe	Mutterpass	Daten für Forschungszwecke freigeben
Gesundheitsdaten, die durch den Versicherten zur Verfügung gestellt werden	Impfpass	zusätzliche Daten, die der Versicherte der KK zur Verfügung stellt
	E-Rezept	sonstige Daten
	Akte der KK / Leistungen der KK	

§ 339 SGB V Voraussetzungen für den Zugriff von Leistungserbringern und anderen zugriffsberechtigten Personen

(1) Zugriffsberechtigte Leistungserbringer und andere zugriffsberechtigte Personen dürfen nach Maßgabe der §§ 352, 356, 357 und 359 auf personenbezogene Daten, insbesondere Gesundheitsdaten, der Versicherten in einer Anwendung nach § 334 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 bis 5 zugreifen, soweit die Versicherten hierzu **ihre vorherige Einwilligung erteilt** haben. Hierzu bedarf es einer eindeutigen bestätigenden Handlung durch technische Zugriffsfreigabe.

(2) Zugriffsberechtigte Leistungserbringer und andere zugriffsberechtigte Personen dürfen nach Maßgabe des § 361 auf personenbezogene Daten, insbesondere Gesundheitsdaten, der Versicherten in einer Anwendung nach § 334 Absatz 1 Satz 2 Nummer 6 zugreifen.

(3) Auf Daten in einer Anwendung nach § 334 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 bis 5 dürfen zugriffsberechtigte Leistungserbringer nach Maßgabe der §§ 352, 356, 357 und 359 mittels der elektronischen Gesundheitskarte der Versicherten nur mit einem ihrer Berufszugehörigkeit entsprechenden elektronischen Heilberufsausweis in Verbindung mit **einer Komponente zur Authentifizierung von Leistungserbringerinstitutionen** zugreifen. Es ist nachprüfbar elektronisch zu protokollieren, wer auf die Daten zugegriffen hat und auf welche Daten zugegriffen wurde.

(4) Abweichend von Absatz 3 dürfen zugriffsberechtigte Leistungserbringer auch ohne den Einsatz der elektronischen Gesundheitskarte durch die Versicherten auf Daten in einer Anwendung nach § 334 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 zugreifen, wenn die **Versicherten in diesen Zugriff über eine Benutzeroberfläche** eines geeigneten Endgeräts im Sinne von § 336 Absatz 2 **eingewilligt** haben.

(5) Die in den §§ 352, 356, 357 und 359 genannten zugriffsberechtigten Personen, die nicht über einen elektronischen Heilberufsausweis verfügen, dürfen auf Daten in einer Anwendung nach § 334 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 bis 5 nach Maßgabe der §§ 352, 356, 357 und 359 mittels der elektronischen Gesundheitskarte der Versicherten oder gemäß Absatz 4 nur zugreifen, wenn sie für diesen Zugriff von einer Person autorisiert werden, die über einen ihrer Berufszugehörigkeit entsprechenden elektronischen Heilberufsausweis verfügt. Es ist nachprüfbar elektronisch zu protokollieren, wer auf welche Daten zugegriffen hat und von welcher Person die zugreifende Person für den Zugriff autorisiert wurde.

(6) Der elektronische Heilberufsausweis muss über eine Möglichkeit zur sicheren Authentifizierung und zur Erstellung qualifizierter elektronischer Signaturen verfügen.

§ 353 SGB V

Erteilung der Einwilligung

(1) Die Versicherten erteilen die nach § 352 erforderliche Einwilligung in den Zugriff auf Daten der elektronischen Patientenakte nach § 341. Hierzu bedarf es einer eindeutigen bestätigenden Handlung durch technische Zugriffsfreigabe über die Benutzeroberfläche eines geeigneten Endgeräts.

(2) Abweichend von Absatz 1 können die Versicherten die Einwilligung auch gegenüber einem nach § 352 zugriffsberechtigten Leistungserbringer unter Nutzung der dezentralen Infrastruktur der Leistungserbringer erteilen. Hierzu bedarf es 1.

einer eindeutigen bestätigenden Handlung durch technische Zugriffsfreigabe und 2.

vor der Einwilligung in einen konkreten Datenzugriff einer Information der Versicherten durch den betreffenden Leistungserbringer über die fehlende Möglichkeit der Beschränkung der Zugriffsrechte nach § 342 Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe b und die Bedeutung der Zugriffsberechtigung auf Kategorien von Dokumenten und Datensätzen nach § 342 Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe c.

FAQ

Was bedeutet das für den Krankenhausbetrieb?

Beispiele

Eine Einwilligung kann ggfs. erforderlich sein bei:

- Erhebung aktueller Gesundheitsstatus eines Patienten bei Dritten, z. B. Hausarzt,
- Übermittlung von Daten an Seelsorger / Sozialdienste
- externe Qualitätssicherung ohne gesetzliche Grundlage (Onkoziert, Deutsches Onkologie Centrum / **QM-Audits...**)
- Übermittlung an Krankheitsregister ohne gesetzliche Grundlage, z. B. an das Traumaregister,
- Weitergabe von Patientendaten zu (externen) Forschungszwecken,
- Teilnahme von Patienten an Studien,
- privatärztlicher Abrechnung

Kann das Recht auf Gabe einer Einwilligung delegiert werden?

Entsprechend Art. 4 Ziff. 11 DS-GVO (und ebenso in Art. 8 Abs. 2 S. 1 EU GRCh zu finden) muss die eindeutige bestätigende Handlung von der betroffenen Person selbst vorgenommen werden.

Somit kann eine Erklärung (z. B. ein entsprechendes Schriftstück) zwar durch einen Boten überbracht werden, jedoch kann eine Einwilligung nicht durch von der betroffenen Person bevollmächtigte Vertreter erteilt werden.

Klement H.: Art. 7 Rn. 37. In: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.) Datenschutzrecht. Nomos Verlag, 1. Auflage 2019)

Anders bei: Betreuung / Vollmacht.....

Einwilligung bei Verarbeitung Daten anderer Personen

Teilweise beinhaltet die Verarbeitung von Daten, dass auch Daten Dritter verarbeitet werden.

- Genetische Daten
- Zugriffe auf Kontaktdaten im Adressbuch von Mobiltelefonen durch Messaging-Systeme

Das Datenschutzrecht kann nicht auf die Verarbeitung von Daten zu Lasten Dritter, eine Einwilligung ist eine **persönliche** Willenserklärung.

Einwilligungsstufen sind erforderlich, wenn eine Person in die Verarbeitung Daten Dritter einwilligt, sind sie erforderlich.

Daher kann in diesen Fällen nur eine Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO angewendet werden, also eine Interessensabwägung.

Die Erlaubnistatbestände aus Art. 6 DS-GVO sind entsprechend Art. 9 Abs. 1 DS-GVO jedoch nicht für genetische und Gesundheitsdaten anwendbar.

**Besucherdatenerfassung in
Zeiten der Pandemie....**

Einwilligung von Patienten für Foto

Eine Behandlungsdokumentation mittels Foto- oder Filmaufnahme ist von § 630f BGB umfasst. Hierfür wird keine Einwilligung benötigt. Dies ergibt sich insbesondere aus der Gesetzesbegründung zu § 630f BGB: „Der Behandelnde kann die dokumentationspflichtige Maßnahme sowohl in Papier- als auch in elektronischer Form vermerken oder z. B. auch ein Video von einem operativen Eingriff erstellen und elektronisch speichern.“

Auch wenn während einer (seltenen) Operation diese zu Aus- und Fortbildungszwecken übertragen wird und auf dem Bildschirm nur das Operationsgebiet ohne jede Möglichkeit einer Identifizierung des Patienten zu erkennen ist, stellt dies noch keinen erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Patienten dar und bedarf ebenfalls keiner Einwilligung.

Zustimmung Weitergabe Daten an den Hausarzt

Gemäß § 73 Abs. 1b SGB V haben

- die einen Versicherten behandelnden Leistungserbringer den Versicherten betreffenden Behandlungsdaten und Befunde ausschließlich mit dessen **Zustimmung** zum Zwecke der bei dem Hausarzt durchzuführenden Dokumentation und der weiteren Behandlung an den Hausarzt übermitteln.

Die Übermittlung an **nicht unter die Kategorie „Hausarzt“** fallende Ärzte erfolgt entsprechend den Vorgaben von Art. 9 Abs. 2 lit. h DS-GVO i. V. m. § 22 Abs. 1 lit. b BDSG zum Zwecke der Mit- und/oder Weiterbehandlung ohne Notwendigkeit der Einholung einer Einwilligung.

Für die Weitergabe der medizinischen ~~Patientendaten vom Leistungserbringer an~~ den jeweiligen Hausarzt ist zwar eine **Zustimmung** erforderlich, es geht sich hierbei **nicht um eine datenschutzrechtliche Einwilligung**

„Ausdruck der Souveränität der Versicherten, sich für oder gegen eine Mitteilung von Behandlungsdaten im Rahmen der koordinierenden hausärztlichen Betreuung auszusprechen“

Medizinprodukteberater im OP

Überlegung: Eine datenschutzrechtliche Erlaubnis für die Anwesenheit eines Medizinprodukteberaters während der Operation eines Patienten besteht nicht.

Einwilligung? – wohl **nein**- da eine Freiwilligkeit beim Patienten bei der Entscheidung eine bessere Ergebnisqualität der Operation unter Einsatz des Medizinproduktes vs. ggf. schlechtere Ergebnisqualität ohne Medizinprodukt nicht angenommen werden kann.

Medizinprodukteberater ist eher als Auftragsverarbeiter anzusehen; Zweck und Mittel wird also ausschließlich von dem die Operation leitenden Ärzten festgelegt

§ 203 StGB auch hinsichtlich notwendiger Verpflichtungen beachten!



Vielen Dank!

Lukas Mempel

Sana Kliniken AG
Konzern Datenschutzbeauftragter

lukas.mempel@sana.de