



Rat der
Europäischen Union

Brüssel, den 3. November 2014
(OR. de, en)

14707/1/14
REV 1

LIMITE

DATAPROTECT 147
JAI 803
MI 806
DRS 136
DAPIX 151
FREMP 179
COMIX 569
CODEC 2087

**Interinstitutionelles Dossier:
2012/0011 (COD)**

VERMERK

Absender: German delegation
Empfänger: Working Party on Information Exchange and Data Protection
Betr.: General Data Protection Regulation
- Consent

I. Die Einwilligung in die Datenverarbeitung ist ein zentrales Element des Datenschutzrechts. Ziel der Einwilligung ist es, dass der Betroffene möglichst selbstbestimmt entscheidet, ob und in welcher Weise Daten über ihn verarbeitet werden.

Die deutsche Delegation ist bestrebt die Einwilligung als Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung und als besondere Ausprägung des Rechts auf Privatheit weiter zu stärken und dabei gleichzeitig der Gefahr zu begegnen, dass datenverarbeitende Stellen die Verantwortung auf den Betroffenen abwälzen oder der Betroffene rein faktisch keine Wahl hat, der Verarbeitung der Daten nicht zuzustimmen.

Es gibt Situationen, in denen die Einwilligung zu einem formalisierten Akt wird und der Betroffene rein faktisch keine Wahl oder keinen Einfluss auf die Datenverarbeitung hat, weil ein Ungleichgewicht zwischen den für die Verarbeitung Verantwortlichen und dem Betroffenen besteht. Die deutsche Delegation hält hierbei insbesondere drei Fallgruppen für besonders regelungsbedürftig, nämlich

1. Einwilligungen, die auf der Verwendung von vorformulierten Datenschutzerklärungen basieren, die der für die Verarbeitung Verantwortliche dem Betroffenen insbesondere im Zusammenhang mit Verträgen stellt,
2. Einwilligungen, die den Betroffenen unangemessen benachteiligen sowie
3. Einwilligungen in dauerhaften Abhängigkeitsverhältnissen.

1. Betroffene werden häufig mit Einwilligungserklärungen konfrontiert, die Bestandteil von langen und komplexen vorformulierten Vertrags- oder Nutzungsbedingungen sind, die der für die Verarbeitung Verantwortliche für eine Vielzahl von Fällen stellt und auf deren Inhalt der Betroffene keinen Einfluss nehmen kann. Um Verbraucher in diesen Fällen zu schützen, verbietet die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Das AGB-Recht, mit dem die Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt wurde, wird von deutschen Gerichten auch dazu genutzt, Datenschutzerklärungen und die darauf basierenden Einwilligungen zu überprüfen. Um dieses sinnvolle Instrument zum Schutz der Betroffenen vor vorformulierten Einwilligungserklärungen zu stärken und das bewährte Zusammenspiel von zivilrechtlichem Verbraucherschutzrecht und Datenschutzrecht auch im europäischen Recht zu verankern, schlägt die deutsche Delegation eine Ergänzung von Art. 7 vor. Die Ergänzung in Artikel 7 Absatz 2a hat zum Ziel, den Betroffenen wirksam vor missbräuchlichen vorformulierten Einwilligungserklärungen zu schützen. In Anlehnung an das Recht über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen schlägt die deutsche Delegation die Möglichkeit einer objektivierten Inhaltskontrolle von vorformulierten Einwilligungserklärungen vor. Die Inhaltskontrolle ermöglicht insbesondere eine objektivierte Kontrolle, ob der Inhalt der Einwilligungserklärung alle Transparenzanforderungen erfüllt.

2. Die von der Datenverarbeitung Betroffenen bedürfen aber auch in Situationen, in denen die Einwilligungserklärung zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, des besonderen Schutzes. Einwilligungserklärungen, die den Betroffenen unangemessen benachteiligen, stellen keine wirksame Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung dar. Um die Rechtssicherheit für die Betroffenen zu erhöhen, werden in dem Regelungsvorschlag zu Artikel 7 Absatz 2b Situationen definiert, in denen eine unangemessene Benachteiligung des Betroffenen im Zweifel vorliegt.

Insbesondere um gegen die Verwendung von Einwilligungserklärungen wirksam vorzugehen, welche die Transparenzanforderungen nicht erfüllen oder den Betroffenen unangemessen benachteiligen, sollten Verbandsklagen möglich sein. Die deutsche Delegation beabsichtigt zu diesem Zwecke zusätzlich eine Ergänzung des Art. 76 vorzuschlagen.

3. Eine Einwilligung kann nur wirksam sein, wenn der Betroffene diese aufgrund freier Entscheidung erklärt. Zweifel an der Freiwilligkeit bestehen aber nicht nur, wenn staatlicher Zwang ausgeübt wird, sondern auch dann, wenn auf Grund rechtlicher oder faktischer Abhängigkeiten die Entscheidungsmöglichkeiten für den Betroffenen wesentlich eingeschränkt sind. Dies gilt vor allem im Rahmen von dauerhaften Abhängigkeitsverhältnissen wie dem Beschäftigungsverhältnis. Da es andererseits auch in diesen Situationen Fälle gibt, in denen auf der Grundlage einer Einwilligung Daten erhoben werden, damit dem Betroffenen beispielsweise Zusatzleistungen angeboten werden können, darf die Möglichkeit der Einwilligung nicht per se ausgeschlossen sein.

II. Diesen Erwägungen folgend schlägt die deutsche Delegation daher folgende Änderungen im Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung vor. Die Vorschläge beziehen sich auf den Text des Vorsitzes Nr. 11028/14. ~~Zu streichender Text ist durchgestrichen.~~ Diese Note wird unbeschadet der Notwendigkeit weiterer Erörterungen zum Anwendungsbereich der Einwilligung und dem Vorbehalt sich daraus ergebender Anpassungen übersandt.

(...)

Recital 25

25) Consent should be given unambiguously by any appropriate method enabling a freely-given, specific and informed indication of the data subject's wishes, either by a written, oral or other statement or by a clear affirmative action by the data subject signifying his or her agreement to personal data relating to him or her being processed. This could include ticking a box when visiting an Internet website or any other statement or conduct which clearly indicates in this context the data subject's acceptance of the proposed processing of their personal data. Silence or inactivity should therefore not constitute consent. Where it is technically feasible and effective, the data subject's consent to processing may be given by using the appropriate settings of a browser or other application. **In diesen Fällen ist es ausreichend, wenn der Betroffene zu Beginn des Nutzungsvorgangs die für eine informierte Einwilligung erforderlichen Informationen erhält.** Consent should cover all processing activities carried out for the same purpose or purposes. When the processing has multiple purposes, unambiguous consent should be granted for all of the processing purposes. If the data subject's consent is to be given following an electronic request, the request must be clear, concise and not unnecessarily disruptive to the use of the service for which it is provided.

Besteht zwischen dem für die Verarbeitung Verantwortlichen und dem Betroffenen ein Ungleichgewicht, bedarf es eines besonderen Schutzes des Betroffenen. Einwilligungen, die auf der Verwendung von vorformulierten Datenschutzerklärungen beruhen, unabhängig davon ob der für die Verarbeitung Verantwortliche dem Betroffenen sie im Zusammenhang mit Verträgen oder vertragsähnlichen Nutzungsverhältnissen stellt, können deshalb Gegenstand einer objektivierten Inhaltskontrolle sein. Ebenso sind Einwilligungen, die den Betroffenen unangemessen benachteiligen, keine taugliche Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung.

Recital 33

33) Where processing is based on the data subject's consent, the controller should be able to demonstrate that the data subject has given the consent to the processing operation. In particular in the context of a written declaration on another matter, safeguards should ensure that the data subject is aware that, and the extent to which, consent is given. For consent to be informed, the data subject should be aware at least of the identity of the controller and the purposes of the processing for which the personal data are intended; consent should not be regarded as freely-given if the data subject has no genuine and free choice and is unable to refuse or withdraw consent without detriment.

Artikel 4

Begriffsbestimmungen

For the purposes of this Regulation:

[...]

- (8) the data subject's consent means any freely-given, specific and informed (...) indication of his or her wishes by which the data subject, either by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to personal data relating to them being processed;

[...]

Artikel 7
Einwilligung

1. Where Article 6 (1) (a) applies the controller shall be able to demonstrate that unambiguous consent was given by the data subject.
 - (1a) Where article 9 (2) (a) applies, the controller shall be able to demonstrate that explicit consent was given by the data subject.
 - (1b) Die Einwilligung ist schriftlich oder elektronisch zu erteilen, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Wird die Einwilligung elektronisch erteilt, hat der für die Verarbeitung Verantwortliche sicherzustellen, dass
 - a) die betroffene Person ihre Einwilligung bewusst und eindeutig erklärt hat,
 - b) die Einwilligung protokolliert wird und
 - c) die betroffene Person den Inhalt der Einwilligung bei Erteilung abrufen und in wiedergabefähiger Form speichern kann.**
 - (1c) Der Betroffene ist vor Abgabe der Einwilligung auf den vorgesehenen Zweck der Verarbeitung, die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Einwilligung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung und ihres Widerrufs hinzuweisen.**

2. If the data subject's consent is to be given in the context of a written **or electronic** declaration which also concerns other matters, the request for consent must be presented in a manner which is clearly distinguishable (...) from the other matters.
- 2a. Einwilligungen, die durch vorformulierte Erklärungen abgegeben werden, welche ein für die Verarbeitung Verantwortlicher für eine Vielzahl von Fällen gegenüber Betroffenen stellt, sind unwirksam, wenn die vorformulierte Erklärung**
- a) für Betroffene nicht allgemein klar und verständlich ist, oder
 - b) nicht die folgenden Angaben enthält:
 - aa) die nach Artikel 14 erforderlichen Informationen,
 - bb) Informationen darüber, dass der Betroffene seine Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann, und
 - cc) einen Hinweis, falls die beabsichtigte Datenverarbeitung auf Auftragsdatenverarbeiter nach Artikel 26 übertragen werden soll.
- 2b. Die Einwilligung ist unwirksam, wenn sie den Betroffenen unangemessen benachteiligt. Eine unangemessene Benachteiligung liegt im Zweifel vor, wenn**
- a) die Erklärung der Einwilligung nach den Gesamtumständen so ungewöhnlich ist, dass der Betroffene mit ihr nicht zu rechnen braucht,
 - b) die Verwendung der Erklärung mit den Grundsätzen nach Artikel 5 nicht vereinbar ist,
 - c) eine zur Sicherung der persönlichen Lebensverhältnisse der betroffenen Person notwendige Leistung von der Einwilligung abhängig gemacht wird und dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist,

- d) **in der Erklärung der Einwilligung nicht in unterschiedliche Datenverarbeitungen jeweils getrennt eingewilligt werden kann, obwohl dies nach den Umständen des Einzelfalls möglich und angemessen ist oder**
- e) **die Erfüllung eines Vertrags von der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig gemacht wird, obwohl dies für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist und dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.**
- 2c. **Sofern die Einwilligung im Rahmen von dauerhaften Abhängigkeitsverhältnissen zwischen dem für die Verarbeitung Verantwortlichen und dem Betroffenen erteilt wird, wird widerlegbar vermutet, dass sie nicht auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht, es sei denn die Datenverarbeitung erfolgt ausschließlich zu dem Zweck, der betroffenen Person einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen.**
3. The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time **with future effect**. The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal (...).
4. **(~~↔~~) Absatz 2a, 2b und 2c finden keine Anwendung, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt, oder in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt, die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen übertragen wurde.**
-