



Rechte der Betroffenen gegenüber der Verantwortlichen Stelle (§ 6 BDSG)

▶ Unabdingbare Rechte

- Recht auf Benachrichtigung bei erstmaliger Verarbeitung ohne Wissen des Betroffenen
- Recht auf jederzeitige Auskunft über die gespeicherten Daten, deren Herkunft und Datenübermittlungen
- Recht auf Berichtigung unrichtiger Daten
- Recht auf Löschung/Sperrung nicht mehr benötigter Daten
- Recht auf Widerspruch wegen Schutzwürdigkeit aufgrund einer besonderen persönlichen Situation

▶ Der Betroffene kann diese Rechte jederzeit und ohne besondere Begründung wahrnehmen.

Rechte der Betroffenen gegenüber der verantwortlichen Stelle § 6 BDSG

Die Rechte der Betroffenen sind unabdingbar, d.h., sie können nicht durch eine Vereinbarung oder einen Vertrag ausgeschlossen werden. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Rechte:

Recht auf Auskunft § 34 BDSG

Vor dem Hintergrund des Rechts des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung, d.h., dem Recht zu wissen und in dem von BDSG gezogenen Rahmen auch mitzubestimmen, wer über ihn welche personenbezogenen Daten speichert, verarbeitet, nutzt und ggf. an wen welche Daten für welche Zwecke übermittelt, stellt dieses Recht auf Auskunft dem Betroffenen ein Instrument zur Verfügung, mit dem er sich einerseits über den Umfang der Speicherung, Verarbeitung und Nutzung seiner Daten in seinem persönlichen Umfeld einen Überblick verschaffen kann und andererseits auch die Richtigkeit seiner Daten und die Rechtmäßigkeit ihrer Verarbeitung, Nutzung und Übermittlung kontrollieren kann. Es kann deshalb jedermann jederzeit ohne besondere Begründung von jeder Stelle über die zu seiner Person gespeicherten Daten sowie über die Zwecke, für die die Daten verarbeitet werden, und über die Stellen, an die ggf. Daten übermittelt werden, Auskunft verlangen. Das Recht auf Auskunft umfasst nicht nur die Auskunft über die einzelnen Kategorien von Daten, sondern auch über den konkreten Inhalt, weil sonst dem Betroffenen eine Überprüfung der Richtigkeit der zu seiner Person gespeicherten Daten nicht möglich wäre.

Eine Auskunft über Herkunft und Empfänger von Daten kann verweigert werden, wenn das Interesse des Unternehmens an der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses überwiegt. Die Auskunft ist grundsätzlich unentgeltlich zu erteilen.

Recht auf Berichtigung § 35 Abs. 1 BDSG

Sind die über einen Betroffenen gespeicherten Daten unrichtig, kann der Betroffene die Berichtigung seiner Daten verlangen. Wurden die Daten an Dritte übermittelt, muss die Berichtigung auch an diese Empfänger weitergegeben werden, wenn der

Benachrichtigungsaufwand nicht unangemessen hoch ist und schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen. Sind Daten geschätzt, z.B. Scoringwerte, müssen diese als geschätzt gekennzeichnet werden, um eventuelle Unsicherheiten der Daten aufzuzeigen. Bei Übermittlungen muss die Tatsache der Schätzung mit übermitteln werden.

Recht auf Löschung § 35 Abs. 2 BDSG

Ist die Speicherung von Daten unzulässig oder für die Zweckerfüllung nicht mehr erforderlich und sind eventuelle Aufbewahrungsfristen abgelaufen, müssen personenbezogene Daten gelöscht werden. Bestehen keine gesetzlichen Aufbewahrungsfristen, legt die verantwortliche Stelle die Aufbewahrungsfrist nach der Erforderlichkeit der Daten selbst fest. Grundsatz für die Aufbewahrungsdauer ist „so lang wie nötig und so kurz wie möglich“. Wurden die Daten nicht gelöscht, kann der Betroffene die Löschung dieser Daten verlangen.

Nach Ablauf von Aufbewahrungsfristen kann eine Löschung dann unterbleiben, wenn durch die Löschung schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt würden oder wenn die Löschung wegen der besonderen Art der Speicherung nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich wäre.

Recht auf Sperrung § 35 Abs. 3 BDSG

Ist die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Daten nicht feststellbar, kann der Betroffene die Sperrung dieser Daten verlangen. Die gesperrten Daten dürfen dann nur noch für eingeschränkte Zwecke genutzt werden, z.B. für Belegzwecke, wenn Aufbewahrungsfristen bestehen. Die gesperrten Daten sollten in geeigneter Form als gesperrt gekennzeichnet werden. Dies kann z.B. durch Kennzeichnung der Datenträger oder der Dateien oder in den jeweiligen Datensätzen durch entsprechende Nutzungs- oder Verarbeitungsschlüssel geschehen.

Benachrichtigung § 33 Abs. 1 BDSG

Jede verantwortliche Stelle, die personenbezogene Daten vom Betroffenen erhebt, muss den Betroffenen über ihre Identität sowie über die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten unterrichten. Werden Daten erstmals ohne Kenntnis des Betroffenen gespeichert, ist der Betroffene hierüber, über den Zweck der Speicherung und über die verantwortliche Stelle zu unterrichten. Ausnahmen von dieser Benachrichtigungspflicht sind ebenfalls gesetzlich geregelt. Die Benachrichtigungspflicht entfällt insbesondere dann, wenn der Betroffene nach den Umständen des Einzelfalls von der Datenverarbeitung, Nutzung oder Übermittlung seiner Daten ohnehin weiß oder wissen muss.

Schutzwürdigkeit aufgrund einer besonderen persönlichen Situation

Personenbezogene Daten dürfen nicht erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn der Betroffene dem widerspricht und eine Prüfung ergibt, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen wegen seiner besonderen persönlichen Situation das Interesse der verantwortlichen Stelle an der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten überwiegt. Der Betroffene muss die besondere Schutzwürdigkeit seines Interesses darlegen. Dieses Widerspruchsrecht gilt nicht, wenn die verantwortliche Stelle durch eine Rechtsvorschrift zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten verpflichtet ist.



Recht auf Auskunft (§ 34 BDSG)

▶ Auskunft ist zu erteilen über:

- Alle zur Person gespeicherten personenbezogenen Daten (über alle Inhalte, nicht nur Datenarten)
- Zwecke der Speicherung und Verarbeitung
- Herkunft der Daten
- Bei Übermittlungen Kategorien der Empfänger
- Bei Scoring Wahrscheinlichkeitswerte der letzten sechs Monate und die für das Scoring genutzten Datenarten

▶ Erteilung der Auskunft:

- In Textform, andere Form nur bei besonderen Umständen.
Auskunftserteilung kostenfrei und unverzüglich (innerhalb 1 bis 3 Wochen)

▶ Wichtig: Datenschutzbeauftragten einschalten!

- Bußgeld bei nicht richtiger, nicht vollständiger oder nicht rechtzeitiger Auskunftserteilung

Recht auf Auskunft

Alle Betroffenen besitzen bezüglich Umfang und Inhalt ein Recht auf Auskunft über die zu ihrer Person gespeicherten Daten. Das Auskunftsrecht kann ohne Begründung oder Geltendmachung von Zweifeln an der Richtigkeit der gespeicherten Daten von jeder natürlichen Person gegen jedes Unternehmen bzw. gegen jede Stelle geltend gemacht werden. Das Auskunftsverlangen ist an keine bestimmte Form gebunden, der Betroffene soll aber die Art der Daten, über die er Auskunft erteilt haben will, näher bezeichnen (§ 34 Abs. 1 Satz 2 BDSG). Dies ist insbesondere dann sinnvoll, wenn in einem Unternehmen über den Betroffenen umfangreiche und komplexe Datenstrukturen bestehen, allerdings ist diese Präzisierung für den Betroffenen aufgrund des Soll-Charakters der Vorschrift nicht zwingend. Der Betroffene kann auch eine uneingeschränkte Auskunft über alle gespeicherten Daten verlangen.

Die Auskunft ist über die Art der Daten, deren Inhalt bzw. Ausprägung, ihre Herkunft, die Zwecke ihrer Speicherung und über eventuelle Empfänger, an die Daten übermittelt werden, zu erteilen. Wenn Daten für Scoringzwecke gespeichert werden, müssen über diese Daten ebenfalls detaillierte Auskünfte erteilt werden. Diese umfassen alle in den letzten sechs Monaten gespeicherten oder verwendeten Wahrscheinlichkeitswerte, die zur Berechnung genutzten Datenarten sowie das Zustandekommen und die Bedeutung der Wahrscheinlichkeitswerte. Wenn die Scoringwerte von einer Auskunftfei bezogen worden sind, kann der Betroffene zur Auskunftserteilung an die Auskunftfei verwiesen werden.

Die Auskunft ist auf Verlangen des Betroffenen in Textform (§ 126b BGD) zu erteilen, d.h. schriftlich, wobei das Auskunftsschreiben nicht persönlich unterschrieben sein muss. Bei geeigneten Verfahren kann die Auskunft auch im Wege der Einsichtnahme in das Verfahren erteilt werden. Dies ist zunehmend bei Personalinformationssystemen der Fall, in die die Mitarbeiter Einsichtsrechte besitzen und sogar teilweise bestimmte Daten selbst eingeben können.

Wird eine Auskunft nicht, nicht vollständig, nicht richtig oder nicht rechtzeitig erteilt, ist dies eine Ordnungswidrigkeit und mit Bußgeld bis zu 50.000 Euro belegt.

Bei der Auskunftserteilung ist auch auf eine ausreichend sichere Identifizierung des Betroffenen zu achten, d.h. z.B. bei einer telefonischen Anfrage sollte zumindest durch Hinterfragen von Einzelheiten festgestellt werden, dass es sich auch tatsächlich

um den Betroffenen handelt oder durch einen Rückruf die Identität des Betroffenen bestätigt werden. Bei schriftlichen Auskunftsverlangen bietet sich ein Adressvergleich oder ein Rückruf beim Betroffenen an. Bei besonders sensiblen Daten können im Zweifel weitere Identifizierungsmaßnahmen wie z.B. die Vorlage einer Ausweiskopie verlangt werden. Wird die Auskunft von einer bevollmächtigten Person verlangt, ist auch eine gültige Vollmacht vorzulegen.

Dem Betroffenen ist auf Verlangen Auskunft zu erteilen:

- Über alle zu seiner Person gespeicherten Daten

Die Auskunftspflicht umfasst alle zur Person des Betroffenen gespeicherten Daten und zwar mit der genauen inhaltlichen Angabe. Über codierte Daten müssen Auskünfte im Klartext und verständlicher Form gegeben werden.

- Über die Herkunft der Daten

Über die Herkunft der Daten ist Auskunft zu erteilen, soweit darüber Informationen vorliegen. Wurden sog. Listendaten gemäß § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG von einem anderen Unternehmen übermittelt, muss gemäß § 34 Abs. 1a BDSG die Herkunft der Daten über einen Zeitraum von zwei Jahren gespeichert werden. Der Auskunftsanspruch umfasst hier auch die Angaben über die Herkunft dieser Daten, und zwar die konkrete Benennung des übermittelnden Unternehmens.

- Über die Empfänger oder Kategorien von Empfängern, an die Daten übermittelt werden

Die Empfänger können in Gruppen bezeichnet werden, wobei aber die Gruppenbegriffe so zu fassen sind, dass sich der Betroffene ein ausreichend konkretes Bild von der Art der Empfänger bilden kann. Werden gemäß § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG Listendaten an andere Unternehmen übermittelt, umfasst der Auskunftsanspruch auch die konkrete Angabe der Empfänger der Daten über einen Zeitraum von zwei Jahren, weil diese Daten gemäß § 34 Abs. 1a Satz 2 BDSG auch konkret gespeichert werden müssen. In großen Unternehmen können auch interne Abteilungen als Empfänger von Daten zu bewerten sein, wenn diesen Abteilungen die Daten für bestimmte Nutzungen zugeleitet werden. Anzugeben ist auch, wenn die Daten im Wege der Datenverarbeitung im Auftrag durch Dritte verarbeitet werden, insbesondere wenn es sich um sensible Daten handelt oder die Datenverarbeitung im Auftrag im Ausland durchgeführt wird.

- Über den Zweck der Speicherung

Die Angabe der Zweckbestimmung muss so konkretisiert werden, dass sich der Betroffene eine ausreichend klare Vorstellung von der Verarbeitung bzw. Nutzung bilden kann. Insbesondere muss sich der Betroffene ein Bild davon verschaffen können, ob und ggf. inwiefern sich aus der Datenverarbeitung oder der Nutzung für ihn Risiken oder Nachteile ergeben können.

Die Auskunft ist unentgeltlich zu erteilen (§ 34 Abs. 8 Satz 1 BDSG).

Um jederzeit auskunftsfähig zu sein, sollten insbesondere bei komplexen Datenverarbeitungssystemen (z.B. Personalinformationssystemen, bei Data-Warehouse- oder komplexen CRM-Anwendungen) rechtzeitig Strategien entwickelt werden, wie im Fall eines Auskunftsverlangens die Vollständigkeit einer Auskunft sichergestellt werden kann. Bei der Entwicklung oder der Auswahl neuer Verfahren sollten von vornherein Funktionen vorgesehen bzw. vom Hersteller verlangt werden, die die Auskunftserteilung unterstützen und die Vollständigkeit der Auskunft sicherstellen.



Allgemeine Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten

- ▶ Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses (§ 32 BDSG)
- ▶ Rechtsgeschäfts- oder rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis, z. B. Kaufvertrag oder Angebot (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG)
- ▶ Wahrung berechtigter Interessen des Unternehmens, wenn kein Grund zur Annahme überwiegender schutzwürdiger Interessen des Betroffenen besteht (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG)
- ▶ Verarbeitung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen oder wenn die Daten veröffentlicht werden dürften, wenn keine offensichtlich erkennbaren schutzwürdigen Interessen des Betroffenen bestehen (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG)
- ▶ Informierte Freiwillige Einwilligung der Betroffenen

Allgemeine Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten

Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses § 32 BDSG

Über die Beschäftigten eines Unternehmens dürfen gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, soweit dies zur Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, d.h. im Bewerbungsverfahren, dürfen alle für eine Entscheidung über die Einstellung erforderlichen personenbezogenen Daten erhoben werden. Neben dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist hier insbesondere die umfangreiche Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers zu berücksichtigen.

Zur Einstellung und nach der Einstellung darf der Arbeitgeber vom Beschäftigten alle Daten über Umstände und Sachverhalte erheben und speichern, die erforderlich sind, um seine Pflichten im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis erfüllen und seine Rechte wahrnehmen zu können. Zulässig sind unter diesen Gesichtspunkten alle Fragen, die im Zusammenhang mit der Personalverwaltung, zur Durchführung der Lohn- und Gehaltsabrechnung, zur Mitarbeiterführung, Personalplanung, zur betrieblichen Fortbildung und Personalentwicklung etc. erforderlich sind. Der Begriff der Beendigung umfasst die vollständige Abwicklung eines Beschäftigungsverhältnisses. Der Arbeitgeber darf hier alle zur Beendigung erforderlichen bzw. damit im Zusammenhang stehenden Mitarbeiterdaten erheben und speichern. Dazu gehören auch alle Daten, die eine Kündigung begründen, wie Abmahnungen oder Beweismittel zur Begründung einer Kündigung, und im Fall eines Rechtsstreits auch alle im Zusammenhang mit der Durchführung des Rechtsstreits anfallenden Daten und Unterlagen.

Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten zur Aufdeckung von Straftaten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat. Für die Vorgehensweise ist § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zu beachten.

Datenverarbeitung zur Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG

Außerhalb von Beschäftigungsverhältnissen ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch Privatunternehmen für eigene Zwecke immer dann zulässig, wenn sie für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder

rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses erforderlich ist. Regelmäßig handelt es sich bei derartigen Vertragsverhältnissen um Verträge mit Kunden oder Lieferanten. Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse liegen z.B. in der Anbahnungsphase von Verträgen vor, z.B. in der Angebotsphase vor dem Abschluss eines Vertrags mit einem Kunden oder einem Lieferanten. Es dürfen dabei unter dem Gebot der Datenvermeidung und Datensparsamkeit diejenigen Daten erhoben, gespeichert und verarbeitet werden, die erforderlich sind, um den Vertrag auszuführen bzw. das Angebot bearbeiten zu können.

Der Begriff der Erforderlichkeit ist dabei nicht im Sinne einer Unverzichtbarkeit oder einer zwingenden Notwendigkeit zu verstehen. Diese Begriffsauslegung wäre zu eng. Andererseits genügt eine bloße Nützlichkeit der Daten für die Zweckerreichung nicht, wenn der angestrebte Zweck auch ohne diese Daten mit einem zumutbaren Aufwand und mit dem angestrebten Ergebnis erreicht werden kann.

Datenverarbeitung im Rahmen eines berechtigten Interesses § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 BDSG

Liegt ein Vertragsverhältnis oder vertragsähnliches Vertrauensverhältnis nicht vor, ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, soweit die Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der Betroffenen am Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Hier ist eine Güterabwägung anzustellen, die auch dokumentiert werden muss.

Wenn die Daten allgemein zugänglich sind, z.B. in Adress-, Telefon-, Branchen- oder sonstigen Verzeichnissen oder im Internet, oder wenn die verantwortliche Stelle die Daten veröffentlichen dürfte, ist eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten nur dann unzulässig, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung, Speicherung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten offensichtlich überwiegt, d.h. ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen schon ohne eine intensive Überprüfung des Einzelfalls bei einer vernünftigen Betrachtung der Umstände erkennbar auf der Hand liegt.



Einwilligung (§ 4a BDSG)

▶ Wenn keine Rechtsgrundlage für eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten besteht (Erforderlichkeit für ein Beschäftigungsverhältnis, Vertrag, berechtigtes Interesse oder Daten aus allgemein zugänglichen Quellen), muss die Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden (§ 4 Abs. 1 BDSG).

- Die Einwilligung muss auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhen (Freiwilligkeit). Ist im Beschäftigungsverhältnis wegen der Abhängigkeit der Beschäftigten von Arbeitgeber problematisch und teilweise umstritten.
- Der Betroffene ist über den Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zu unterrichten (Informiertheit der Einwilligung).
- Die Einwilligung ist schriftlich einzuholen.
- Wenn die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen eingeholt wird, ist sie besonders hervorzuheben, z.B. andere Schriftart, Farbgestaltung, Fettschrift, Einrahmung etc., um ein Überlesen zu verhindern.
- Soweit erforderlich oder auf Verlangen ist der Betroffene auf die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen.

Informierte freiwillige Einwilligung § 4a BDSG

Vor dem Hintergrund des Grundrechts der Betroffenen auf ihr informationelles Selbstbestimmungsrecht stellen sich die Anforderungen an eine sog. informierte freiwillige Einwilligung folgendermaßen dar.

Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten

Ein selbstbestimmter Umgang mit seinen Daten ist nur dann möglich, wenn der Betroffene über die Zwecke der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner Daten verständlich und umfassend unterrichtet wird. Dem Betroffenen müssen deshalb die einzelnen Verarbeitungszwecke detailliert offengelegt werden. Pauschale und allgemeine Formulierungen reichen nicht aus. Insbesondere müssen die Betroffenen auch über Datenübermittlungen sowie über deren Zwecke und Empfänger oder Kategorien von Empfängern unterrichtet werden. Dies muss so detailliert geschehen, dass sich der Betroffene sowohl über die Zwecke der Übermittlungen, z.B. Werbung, Marktforschung etc., als auch über die Empfänger eine ausreichend konkrete Vorstellung bilden kann. So sind z.B. Formulierungen wie „Übermittlungen an verbundene Unternehmen“ oder „Unternehmen der Versicherungsbranche“ nicht ausreichend konkret.

Auch die Art der Daten muss in einem für die Einwilligung ausreichenden Maße angegeben werden, d.h., zumindest die Datenkategorien müssen ausreichend differenziert dargelegt werden, z.B. Name, Adressdaten, Familienverhältnisse etc. Die einzelnen Datenelemente wie Vorname, Familienname etc. müssen dabei nicht aufgezählt werden. Der Betroffene muss sich aber ein Urteil über den Umfang der Datenerhebung und über die Erforderlichkeit der Daten für die Erreichung der dargelegten Zwecke bilden können.

Wenn die Verweigerung der Einwilligung für den Betroffenen nachteilige Folgen nach sich ziehen würde, z.B. eine Leistung nicht gewährt werden könnte, muss der Betroffene über diese Folgen unterrichtet werden, denn nur wenn er die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung kennt, kann er angemessen über die Abgabe einer Einwilligung entscheiden. Wenn die Einwilligung auch besondere Datenarten i. S. v. § 3 Abs. 9 BDSG umfasst, muss sich die Einwilligung ausdrücklich auch auf diese Daten beziehen, d.h., die Zwecke der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung und eventuelle Übermittlungen müssen konkret für diese Datenarten genannt und die besonderen Datenarten müssen konkret bezeichnet werden. Der Betroffene muss konkret beurteilen können, welche seiner besonders sensiblen Daten für welche Zwecke erhoben werden sollen und was mit diesen Daten geschehen soll.

Verlangt wird vom BDSG eine Einwilligung. Eine Einwilligung ist eine vorherige Zustimmung, d.h., die Einwilligung ist vor der Erhebung der Daten oder spätestens bei Gelegenheit der Datenerhebung einzuholen. Eine nachträgliche Zustimmung wäre eine Genehmigung. Diese ist aber nicht ausreichend. Die Einwilligung ist freiwillig, d.h., sie muss ohne Druck und Zwang zustande kommen und kann vom Betroffenen auch jederzeit mit Wirkung für die Zukunft ohne Begründung zurückgenommen werden.

Insbesondere im Beschäftigungsverhältnis ist wegen des Abhängigkeitsverhältnisses der Betroffenen vom Arbeitgeber die Freiwilligkeit ein Problem, d.h., es erscheint vielfach zweifelhaft, ob bei Abgabe der Erklärung auch tatsächlich eine echte Freiwilligkeit und Unabhängigkeit bestanden hat und überhaupt eine wirksame Einwilligung zustande gekommen ist. Es empfiehlt sich deshalb, die Datenverarbeitungsverfahren möglichst so zu gestalten, dass eine Einwilligung verzichtbar ist, bzw. im Fall einer Einwilligung die Tatsache der Freiwilligkeit und der Möglichkeit der jederzeitigen Rücknahme der Einwilligung unmissverständlich und zweifelsfrei darzulegen.

Formanforderungen

Für die Erklärung der Einwilligung verlangt § 4a BDSG grundsätzlich die Schriftform. Schriftform bedeutet gem. § 126 Abs. 1 BGB eine eigenhändige, durch Namensunterschrift unterzeichnete Erklärung, wobei die schriftliche Form auch durch eine geeignete elektronische Form ersetzt werden kann. Für die Einwilligung in eine Nutzung der Daten für Zwecke des Adresshandels und der Werbung sieht dazu § 28 Abs. 3a BDSG abweichend von dem Schriftformerfordernis besondere Möglichkeiten der Einwilligungserklärung vor.

Da die Einwilligung eine vorherige Zustimmung darstellt, muss sie spätestens mit der Datenerhebung eingeholt werden. Eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) ist im BDSG weder vorgesehen noch kann sie bereits geschehene Datenerhebungen, Verarbeitungen oder Nutzungen sanktionieren.

Um ein Überlesen oder Übersehen einer Einwilligungserklärung zu vermeiden, muss sie insbesondere dann, wenn sie mit mehreren Erklärungen eingeholt wird, besonders hervorgehoben werden. Dies kann durch eine auffällige Schriftart, Schriftfarbe oder -größe, Umrahmung oder sonstige grafische Gestaltung geschehen.

Die Einwilligung muss grundsätzlich durch ein aktives Tun, z.B. durch ein Ankreuzen eines vorgefertigten Einwilligungstextes, abgegeben werden. Zu beachten ist dabei die Sonderregelung des sog. Opt-out bei Einwilligung in Werbemaßnahmen unter Nutzung der Listendaten. Unzulässig ist es auch, vorformulierte Einwilligungstexte z.B. in Anlagen zu einem Vertrag oder in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verstecken. Auf die Schriftform der Einwilligung kann gem. § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG nur dann verzichtet werden, wenn wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist, z.B. bei Meinungsumfragen.