

# DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

**Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz**

**Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strassemeyer**

## Editorial

---

Laurenz Strassemeyer

**Ein „aufgeregtes“ (Datenschutz)jahr 2020**

Seite 291

## Stichwort des Monats

---

Prof. Dr. Prof. h.c. Jürgen Taeger und Jan Spittka

**LG Bonn reduziert Geldbuße gegen 1&1 massiv – DSK-Bußgeldkonzept hält  
Praxistest nicht stand**

Seite 292

## Datenschutz im Fokus

---

Maximilian Schnebke

**E-Mail-Korrespondenz: Verschlüsselungspflicht für Anwälte?**

Seite 297

Stephan Hansen-Oest

**Drittlandsverarbeitung in Zeiten von „Schrems II“: Grenzen und Möglichkeiten in der Praxis**

Seite 300

Dr. Jan-Michael Grages

**Neue Standarddatenschutzklauseln: Praktikable Lösung für Drittlandtransfers  
nach Schrems II?**

Seite 304

Martin Wiesner

**Datenschutz im Betrieb: Inwieweit ist der Betriebsrat bei einer  
Datenschutz-Folgenabschätzung zu beteiligen?**

Seite 309

## Rechtsprechung

---

Dr. Winfried Veil

**Die komplexen Voraussetzungen der Videoüberwachung**

Seite 312

Dr. Gerrit Hötzel

**Kein Nachweis der Einwilligung allein über ein vom Verantwortlichen  
gesetztes Häkchen/Kreuzchen**

Seite 316

## In eigener Sache

---

Kevin Leibold und Maximilian Leicht

**#DSK2020 - Tagungsbericht zur Datenschutzkonferenz vom 25.-26. September 2020**

Seite 320

▪ Nachrichten Seite 294 ▪ Service Seite 326

Dr. Gerrit Hötzel

# Kein Nachweis der Einwilligung allein über ein vom Verantwortlichen gesetztes Häkchen/Kreuzchen

EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-61/19

## Die Gerichtsentscheidung in Kürze

Der Nachweis einer Einwilligung kann nicht dadurch erbracht werden, dass der Verantwortliche einen vom Betroffenen unterzeichneten Vertrag mit einer Klausel vorlegt, wonach der Betroffene lediglich bestätigt, ausreichend informiert worden zu sein und eingewilligt zu haben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Verantwortliche und nicht der Betroffene ein Kästchen für die Geltung der Klausel ankreuzt.

Eine Einwilligung kann unwirksam sein, wenn im Vertrag nicht auf die Bereitschaft hingewiesen wird, den Vertrag auch ohne die Einwilligung abzuschließen oder wenn die Freiwilligkeit dadurch beeinträchtigt wird, dass der Betroffene im Falle einer Einwillungsverweigerung ein zusätzliches Dokumentationsformular unterzeichnen muss.

## Der Fall

Ein Mobilfunkunternehmen in Rumänien kopierte das Ausweisdokument von Kunden und heftete die Kopie als Anlage an den Vertrag mit dem jeweiligen Kunden an. Dies geschah vom 1. bis zum 26. März 2018. Rumäniens nationale Datenschutzbehörde verhängte ein Bußgeld und verlangte die Vernichtung der Kopien, weil es an einer wirksamen Einwilligung fehle. Der konkrete Ablauf war wie folgt: Wer Kunde des Unternehmens werden wollte, hatte einen Vertrag in Papierform zu unterzeichnen. Dieser Vertrag enthielt eine Klausel, nach welcher der Kunde im Wesentlichen bestätigte, bestimmte Informationen erhalten und seine Einwilligung unter anderem in die Kopie des Ausweises und deren Aufbewahrung gegeben zu haben. Zu dieser Klausel war im Vertrag ein ankreuzbares Kästchen vorhanden, das im Vordruck frei war.

Ein Verkaufsbediensteter erläuterte sodann die datenschutzrechtliche Klausel sowie die Verarbeitungszwecke mündlich und kreuzte selbst das Kästchen an, nachdem der Kunde mündlich seine Einwilligung erteilt hatte. Das Kreuzchen wurde also nicht vom Kunden gesetzt. Die Schlussanträge des Generalanwalts legen nahe, dass der Verkaufsbedienstete einen Computer verwendet hat und daher wohl im Verkaufsprogramm das Kreuzchen im Vertragsgespräch elektronisch setzte, bevor das Dokument zur Unterschrift ausgedruckt wurde (GA Szpunar, Schlussanträge v. 4.3.2020 – C-61/19, Rn.28). Der Kunde unterzeichnete anschließend den Vertrag handschriftlich mit dem bereits zu diesem Zeitpunkt angekreuzten Kästchen und der vorhandenen Klausel. Wollte ein Kunde in

die datenschutzrechtlichen Vorgänge nicht einwilligen, musste der Kunde gemäß einer internen Verfahrensanweisung ein gesondertes Formular unterzeichnen, um seine Weigerung zu dokumentieren.

Das Mobilfunkunternehmen war zudem bereit, Verträge unabhängig davon abzuschließen, ob Kunden die Einwilligung erteilten, informierte hierüber jedoch nicht schriftlich.

Die beiden Vorlagefragen fasste der EuGH zusammen: Kann der unterzeichnete Vertrag mit dem Häkchen und der enthaltenen Klausel zur Bestätigung der Information und Einwilligung einen geeigneten Nachweis für die Einwilligung darstellen? Nach dem EuGH scheidet ein solcher Nachweis.

## Die Gründe

Der EuGH beurteilt den Sachverhalt sowohl nach der DSRL als auch nach der DSGVO, da sich der Sachverhalt zwar vor dem Geltungsbeginn der DSGVO zugetragen hat, im Hinblick auf das behördliche Verfahren jedoch die DSGVO maßgeblich sein kann.

## Anforderungen an die Einwilligung

Der EuGH befasst sich zunächst mit den Rahmenbedingungen für eine wirksame Einwilligung. Er bekräftigt zahlreiche Feststellungen aus der Planet49-Entscheidung (vgl. EuGH, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17, Rn.52 ff.; dazu auch Koglin, DSB 2019, 255 ff.; Moos/Strassemeyer, DSB 2020, 207 ff.). Die hier getroffenen Ausführungen des EuGH können als weiterführender Leitfaden verstanden werden.

Hinsichtlich der Anforderungen der DSRL an die Einwilligung führt der EuGH aus, dass die Betroffenen „ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben“ haben müssen und eine Einwilligung nur eine „Willensbekundung [ist], 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“. Hieraus folgert der EuGH, dass eine Einwilligung stets ein „aktives Verhalten“ voraussetzt. Dies gelte ebenso für die DSGVO, in der die Vorgaben an eine Einwilligung – so der EuGH wörtlich – deshalb noch strenger als in der DSRL erscheinen. Aus ErwGr. 32 zur DSGVO, nach dem eine Einwilligung durch Anklicken eines Kästchens möglich sei, folge nichts anderes. Denn nach ErwGr. 32 zur DSGVO gilt auch, dass Stillschweigen zu einem bereits angekreuzten Kästchen keine Einwilligung darstellt (siehe dazu auch S.297. Letztlich wendet der EuGH hier im We-

sentlichen die Kernaussagen aus seiner Planet49-Entscheidung auf nicht-digitale Sachverhalte an (vgl. EuGH, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17, Rn. 52 ff.; siehe dazu im einzelnen auch Moos/Strassemeyer, DSB 2020, 207 ff.).

Mit Blick auf Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO und ErwGr. 42 zur DSGVO müsse für eine schriftliche und im Zusammenhang mit anderen Sachverhalten erbetene Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form informiert werden sowie in einer klaren und einfachen Sprache, insbesondere wenn es sich um eine vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärung handelt. Weiter verweist der EuGH auf die Informationspflichten aus Art. 2 lit. h DSRL und Art. 13 DSGVO. Der Verantwortliche muss den Betroffenen mit diesen Informationen in die Lage versetzen, die Konsequenzen einer erteilten Einwilligung leicht zu bestimmen. Der Betroffene muss in voller Kenntnis der Sachlage einwilligen. Der EuGH hat sich weiterhin nicht klar dazu positioniert, welche Angaben im Einwilligungstext selbst wiederzugeben sind und inwieweit auf ein gesondertes Dokument mit der Erfüllung der Informationspflichten verwiesen werden kann. Der Fall gab hierzu auch keinen unmittelbaren Anlass, da das Mobilfunkunternehmen zum einen angegeben hatte, „u. a. über den Zweck“ mündlich unterrichtet zu haben und dem EuGH zum anderen offenbar kein Dokument zu den Informationspflichten vorlag.

Wenn die Bereitschaft zum Vertragsabschluss auch ohne die Einwilligung besteht, muss aber auch dies Teil der Information sein. Zumindest dürfe über diese Bereitschaft nicht irreführend werden. Fehlt es an dieser Information, fehlt es zugleich an der für die Einwilligung erforderlichen Freiwilligkeit.

### Anwendung auf den Sachverhalt

Der EuGH belässt es sodann bei diesen abstrakten Feststellungen und verweist im Wesentlichen auf das vorliegende Gericht, das näher zu beurteilen habe, ob diese Anforderungen im Fall eingehalten wurden. Konkret solle das vorliegende Gericht die folgenden Punkte beurteilen:

Es sei näher zu prüfen, ob durch Unterschrift zum Vertragsabschluss überhaupt zugleich auch eine konkrete Einwilligung erfolgen könne. An dieser Stelle vermengt der EuGH allerdings die an sich mündlich erteilte Einwilligung mit dem schriftlichen Nachweis der Einwilligung.

Da im schriftlichen Vertrag keine Erläuterung dazu enthalten ist, dass das Mobilfunkunternehmen den Vertrag auch ohne Einwilligungserteilung abzuschließen bereit ist, müsse näher geklärt werden, ob es schon deshalb an einer ausreichenden Information als Grundlage der Einwilligung fehlt.

An der Freiwilligkeit der Einwilligung könne es nach dem EuGH fehlen, weil der Kunde für den Fall einer Einwilli-

gungsverweigerung das gesonderte Weigerungsformular zu unterzeichnen habe. Dies könne die freie Entscheidung ungebührlich beeinträchtigen. Dabei sei auch zu beachten, dass das Mobilfunkunternehmen als Verantwortlicher die Einwilligungserteilung durch ein aktives Verhalten des Kunden nachzuweisen habe. Es Das Mobilfunkunternehmen dürfe hingegen nicht verlangen, dass Kunden ihre Weigerung aktiv bekunden.

### Nachweis der Einwilligungserteilung

Der EuGH wendet sich sodann der im Fall zentralen Frage zu, wie der Verantwortliche die Einwilligungserteilung nachweisen kann. Wenig überraschend verweist der EuGH zunächst darauf, dass den Verantwortlichen die Beweislast für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung und damit auch für die Einwilligungserteilung trägt.

Der EuGH trifft sodann die möglicherweise bedeutendste und zugleich vielleicht fragwürdigste Feststellung in dem Fall: Er betont nämlich, dass der Kunde zwar mündlich eingewilligt habe, aber dann der Verkaufsbedienstete das Kreuzchen selbst gesetzt habe, nicht der Kunde. Der bloße Umstand, dass dieses Kästchen angekreuzt wurde, sei somit nicht geeignet, eine Einwilligungserklärung des Kunden nachzuweisen. Zu betonen ist hierbei, dass der EuGH nur den fehlenden Wert des Kreuzchens als Nachweis festgestellt hat. Die Aussage, dass die Einwilligung unwirksam sei, traf er nicht.

Auch aus dem Umstand heraus, dass der Kunde letztlich den Vertrag mit dem Kreuzchen und der Klausel unterzeichnet habe, genüge nicht für den Nachweis der Einwilligung. Zugleich schwächt der EuGH jedoch ab: Soweit Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kunde die Klausel auch gelesen und verstanden habe, könne der Nachweis gelingen.

### Auswirkungen auf die Praxis

Auf den ersten Blick ist das Urteil verwunderlich: Das Mobilfunkunternehmen holt mündlich Einwilligungen ein, dokumentiert dies über ein Häkchen und der Kunde unterzeichnet den Vertrag mitsamt der Dokumentation. Dennoch äußert der EuGH Zweifel an der Wirksamkeit der Einwilligung. Selbst wenn die Einwilligung wirksam wäre, scheitert das Mobilfunkunternehmen mit dem ihm obliegenden Nachweis.

Eine der wesentlichsten Entscheidungen des EuGH in dem Urteil dürfte die Feststellung sein, dass der unterzeichnete Vertrag mit dem vom Verkaufsbediensteten angekreuzten Kästchen nicht genügt, um die mündlich erteilte Einwilligung des Kunden nachzuweisen. Damit stellt sich in der Praxis erneut und drängender die Frage, wie mündlich erteilte Einwilligung überhaupt belastbar dokumentiert werden können. In Fällen, in denen eine Einwilligung etwa te-

lefonisch erteilt wird, wird es nämlich keine anderen Möglichkeiten als eine bloße Dokumentation durch den Verantwortlichen selbst geben.

Das Urteil ist andererseits auch nicht über zu bewerten: Die Kernaussage liegt lediglich darin, dass das bloße Vorhandensein des Kreuzchens als Nachweis allein nicht genügt. Hier ist möglicherweise das Verfahren vor dem vorlegenden Gericht schlecht geführt worden. Der Vortrag des Mobilfunkunternehmens hätte besser sein sollen:

Der Kunde hat mündlich eingewilligt. Als Beweis bieten wir den Verkaufsbediensteten als Zeugen an. Da der Verkaufsbedienstete viele Verträge abschließt, mag er sich vielleicht nicht an jeden einzelnen Vertrag erinnern. Daher darf er das Dokument mit dem Kreuzchen als Erinnerungsstütze verwenden. Im Übrigen sehen unsere internen Verfahrensanweisungen ausdrücklich vor, dass ein Vertriebsmitarbeiter das Kreuzchen nur setzen darf, wenn der Kunde mündlich eingewilligt hat.

Die derartige Führung eines solchen Nachweises hat der EuGH nicht ausgeschlossen. Der Fehler des Mobilfunkunternehmens war es, lediglich das Dokument als einzigen Nachweis vorzusehen und im Gerichtsverfahren vorzulegen.

Klauseln, mit denen Kunden bestätigen sollen, bestimmte Unterlagen erhalten zu haben, bestimmte Erklärungen vorgenommen zu haben oder bestimmte Informationen gelesen und verstanden zu haben, sind in der Praxis im Übrigen weit verbreitet. Mit solchen Bestätigungsklauseln ist jedoch äußerste Vorsicht geboten. Denn vollkommen unabhängig vom Datenschutzrecht unterliegen solche Klauseln regelmäßig einer Kontrolle als AGB-Klausel. Im Rahmen dieser Kontrolle ist insbesondere § 309 Nr. 12 BGB zu beachten. Danach ist eine Bestimmung, durch die der Klauselverwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, unzulässig, insbesondere wenn dem anderen Vertragsteil die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder wenn der Klauselverwender den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Eine Ausnahme gilt nur für Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind.

Bestätigungsklauseln sind in der Regel nicht notwendig. Anstatt z. B. die Erteilung einer Einwilligung bestätigen zu lassen, sollte die Einwilligung selbst eingeholt werden.

### Wirksamkeit der Einwilligung

Der EuGH weist in der Entscheidung zudem auf einige Umstände hin, die zur Unwirksamkeit einer Einwilligung führen können. Diese Umstände sind sämtlich nicht über-

raschend oder neu (vgl. EuGH, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17, Rn. 52 ff.; dazu auch Koglin, DSB 2019, 255 ff.; Moos/Strassemeyer, DSB 2020, 207 ff.). Es lohnt jedoch, sich diese zu vergegenwärtigen, insbesondere weil der EuGH einen eher strengen Prüfungsmaßstab ansetzt.

Der Umstand, dass der EuGH die bloße Unterzeichnung eines Vertrags, indem „irgendwo“ eine Klausel zu einer Einwilligung vorhanden ist, nicht als Einwilligung gelten lässt, ist bereits angesichts von Art. 7 Abs. 2 DSGVO wenig überraschend. Dennoch kommt in der Praxis immer wieder die Frage auf, ob man in einem Dokument nicht auf die zweite Unterschrift verzichten könne. Wie der EuGH vor Augen führt, ist hiervon dringend abzuraten. Die Einwilligung sollte möglichst von anderen Sachverhalten abgegrenzt eingeholt und gesondert durch eine konkrete Erklärung erteilt werden.

Für die Praxis von besonderer Bedeutung dürfte auch das Folgende sein: Wenn der Verantwortliche seine Bereitschaft verschweigt, den Vertrag auch ohne die Einwilligung abzuschließen, kann bereits dies genügen, um eine ausreichend informierte und damit wirksame Einwilligung zu verneinen. Wer die Informationspflichten der DSGVO genau erfüllt, dürfte jedoch keine Gefahr laufen, da eine entsprechende Information schon aufgrund von Art. 13 Abs. 2 lit. e DSGVO zu erteilen ist. Auch die vom EuGH monierten, geringen Anforderungen zum Zweck der Datenverarbeitung sind bereits aufgrund von Art. 13 Abs. 1 lit. c DSGVO anzugeben. Die Informationserteilung sollte dabei nicht zu knapp ausfallen.

Der EuGH stellt zudem klar, dass Versuche der Verantwortlichen den Einwilligungsprozess dahin zu optimieren, den Betroffenen zu einer Einwilligung zu verleiten (sog. Nudging), rasch zu einem Mangel an Freiwilligkeit und damit zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen können (so auch EDSA, Guidelines 4/2019, v. 2.0, Rn. 70, der hierzu jedoch Art. 25 DSGVO heranzieht). Konkret das Erfordernis, eine Einwilligung nicht nur zu verweigern, sondern dies zusätzlich durch die Unterzeichnung eines Weigerungsformulars bekunden zu müssen, erachtet der EuGH als starkes Indiz für eine ungebührliche Beeinträchtigung des freien Willens: Der Betroffene müsse aktiv einwilligen, nicht aktiv verweigern.

#### Autor:

Dr. Gerrit Hötzel ist Partner und Rechtsanwalt bei VOELKER & Partner mbB in Stuttgart. Er ist Fachanwalt für Informationstechnologierecht und Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht und berät umfassend im Bereich Datenschutz und IP/IT.

