

Viele Fragezeichen, wenig Konsens

Sanierungsbedarf für Einwilligungserklärungen zum Datenschutz

Jürgen Evers, Sascha Alexander Stallbaum

Bekanntlich haben die im Düsseldorfer Kreis zusammengeschlossenen Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich im September letzten Jahres beschlossen, dass erteilte Einwilligungen auch dann wirksam bleiben sollen, wenn die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) am 25. Mai 2018 in Kraft tritt.

So sehr es auch zu begrüßen ist, dass der Düsseldorfer Kreis Beschlüsse zur Fortgeltung von bestehenden Einwilligungen nach Inkrafttreten der DS-GVO fasst. Die Diskussion anlässlich der diesjährigen BiPRO-Tagung hat gezeigt, dass dieser Beschluss geeignet ist, Versicherer und Versicherungsvermittler zu der Fehlvorstellung zu verleiten, bisher erteilte Einwilligungserklärungen bedürften keiner Prüfung. Denn dabei werden nicht nur die Risiken der weiteren Verwendung betagter Einwilligungen deutlich unterschätzt. Der Beschluss wird auch nur oberflächlich gelesen.

Beschluss mit zwei Einschränkungen

In dem Beschluss heißt es: „Bisher erteilte Einwilligungen gelten fort, sofern sie der Art nach den Bedingungen der DSGVO entsprechen (Erwägungsgrund 171 Satz 3 DSGVO). Bisher rechtswirksame Einwilligungen erfüllen grundsätzlich diese Bedingungen.“ Damit macht der Beschluss zwei Einschränkungen. Die erste besteht darin, dass auf „bisher rechtswirksame Einwilligungen“ abgestellt wird. Wer Einwilligungserklärungen verwendet hat, die bislang keiner datenschutzrechtlichen Prüfung unterzogen worden sind, kann also nicht davon ausgehen, dass seine Einwilligungserklärung rechtswirksam ist. Die zweite Einschränkung besteht in der Verwendung des Adjektivs „grundsätzlich“. Danach kann nicht allgemein von der Wirksamkeit ausgegangen werden; vielmehr ist nach dem Beschluss davon auszugehen, dass Ausnahmen möglich sind, auch wenn der Beschluss sie nicht definiert.

Einen weiteren verhängnisvollen Fehler begehen Unternehmen, wenn sie der Meinung sind, der nachfolgende Passus des Beschlusses würde ihnen gewissermaßen einen Freibrief für Alt-Einwilligungen verschaffen. Dieser lautet: „Besondere Beachtung verdienen allerdings die folgenden Bedingungen der DS-GVO; sind diese Bedingungen nicht erfüllt, gelten bisher erteilte Einwilligun-

gen nicht fort.“ Diese beiden Bedingungen benennt der Beschluss einmal mit der Freiwilligkeit der Einwilligung („Kopplungsverbot“, Art. 7 Abs. 4 i.V.m. Erwägungsgrund 42f. DS-GVO) und mit der Altersgrenze von 16 Jahren (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Erwägungsgrund 38 DS-GVO).

Zusätzlich offenbart der Beschluss damit eine weitere Einschränkung, die in der Verwendung des Adjektivs „besondere“ liegt. Dies bedeutet nicht weniger, als dass auch die übrigen Bedingungen der DSGVO in Bezug auf die Einwilligungserklärungen beachtet werden müssen. Immerhin in einem Punkt scheint der Beschluss den Unternehmen Klarheit für die Frage der Wirksamkeit bereits erteilter Einwilligungen zu geben, soweit es dort heißt: „Informationspflichten nach Art. 13 DS-GVO müssen dafür nicht erfüllt sein, da sie keine Bedingungen i.S. des genannten Erwägungsgrundes sind.“

Da jedoch Art. 4 Nr. 11 DSGVO die Art der wirksamen Einwilligung definiert und voraussetzt, dass der Betroffene „in informierter Weise“ seine Einwilligungserklärung abgibt, sind Zweifel angebracht, die Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO als irrelevant für eine wirksame Einwilligungserklärung einzustufen. Der Beschluss prüft die einzelnen Informationspflichten nicht auf ihre Relevanz für die Wirksamkeit der Einwilligung. Außerdem entsteht durch die Annahme, die Informationserteilung sei für diejenigen, die bereits Einwilligungserklärungen abgegeben haben, nicht notwendig, ein unterschiedlicher Rechtsmaßstab für zwei gleich schutzwürdige Personengruppen. Wer bereits eine Einwilligung nach dem alten Recht abgegeben hat, genießt danach weniger Schutz als derjenige, der sie erst unter Geltung der DS-GVO abgibt.

Dies wirkt sich z.B. aus, wenn der Verpflichtete – wie viele Versicherungsvermittler – erst unter Geltung der DSGVO einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen hat, an den sich der Betroffene wenden können muss. Betroffene mit Alt-Einwilligung erfahren hiervon nichts, weil sie nicht gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. b) DSGVO über den Datenschutzbeauftragten informiert werden müssten (entsprechend dem Beschluss des Düsseldorfer Kreises). Demgemäß könnten Betroffene aber ihre Rechte gemäß Art. 38 Abs. 4 DSGVO u.U. nicht wahrnehmen, bzw.

würde die Wahrnehmung dieser Rechte eingeschränkt. Zwar ließe sich vertreten, dass der Erwägungsgrund 171 der DSGVO nicht zwingend die Einhaltung der neuen Informationspflichten aus Art. 13, 14 DSGVO für die Fortgeltung von bestehenden Einwilligungserklärungen voraussetzt. Da bestehende Einwilligungserklärungen nach Erwägungsgrund 171 der DSGVO aber nur dann unter der DSGVO fortgelten, wenn die Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen der DSGVO entspricht, dürfte jedenfalls ein entsprechender Hinweis zum Widerrufsrecht (Artikel 7 Abs. 3 Satz 3 DSGVO) in Einwilligungserklärungen zwingend sein.

Keine Aussagekraft

Es kommt hinzu, dass die DSGVO der Art nach weitere Voraussetzungen an die Einwilligungserklärungen vorgibt, mit denen sich der Beschluss des Düsseldorfer Kreises nicht befasst (Möglichkeit für den Betroffenen, unterschiedliche Erklärungen zu unterschiedlichen Vorgängen der Datenverarbeitung abgeben zu können; mögliches Ungleichgewicht zwischen Unternehmen und Betroffenen, wenn die Einwilligungserklärung als AGB vorgegeben ist), was dazu führen kann, dass die Einwilligung als unwirksam anzusehen ist).

Zusammengefasst: Der Beschluss des Düsseldorfer Kreises sagt über die Rechtswirksamkeit bestehender Einwilligungserklärungen nichts aus. Versicherer und Versicherungsvermittler sollten daher eingeholte Einwilligungserklärungen an die Vorgaben der DSGVO anpassen. Hierfür bieten sich anstehende Beratungstermine an oder aber, aufgrund der formalen Erleichterungen, die die DS-GVO schafft, Lösungen online oder über mobile Endgeräte, z.B. per App. Jedenfalls sollte die verbleibende Zeit bis Ende Mai 2018 nicht ungenutzt verstreichen. ■



Jürgen Evers und Sascha Alexander Stallbaum sind Rechtsanwälte bei der Kanzlei Blanke Meier Evers in Bremen.