

Checkliste zur Erstellung rechtskonformer Einwilligungserklärungen mit besonderer Berücksichtigung von Erhebungen an Schulen¹

fdbinfo Nr. 1 // Januar 2019 // Version 2.0

Bitte zitieren als: Verbund Forschungsdaten Bildung (2019): Checkliste zur Erstellung rechtskonformer Einwilligungserklärungen mit besonderer Berücksichtigung von Erhebungen an Schulen. Version 2.0, fdbinfo Nr. 1.

Einführung

Im Rahmen von Forschungsprojekten werden auf verschiedene Weise personenbezogene Daten erhoben und verwendet. In der Regel ist hierfür das Einholen einer Einwilligung derjenigen erforderlich, um deren Daten es geht, mitunter aber auch die Einwilligung von Erziehungsberechtigten.

Die rechtlichen Anforderungen, die an die Wirksamkeit einer solchen Einwilligung gestellt werden, sind hoch. Von der korrekten Erfüllung dieser Anforderungen hängt es jedoch ab, ob personenbezogene Daten der Betroffenen überhaupt erhoben und genutzt werden dürfen. Die Wirksamkeit eingeholter Einwilligungen bestimmt daher maßgeblich die Zulässigkeit der Durchführung des jeweiligen Forschungsprojekts sowie die Zulässigkeit einer eventuellen Nachnutzung der Daten durch Dritte.

Die hier vorgelegte Checkliste möchte daher bei der Ausgestaltung von Einwilligungserklärungen eine Hilfestellung bieten. Besondere Hinweise für Erhebungen an Schulen sind im folgenden Text farblich hervorgehoben.

1. Vorfragen

1.1 Persönliche Natur der Einwilligung

Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärungen sind als Ausdruck des informationellen Selbstbestimmungsrechts höchstpersönlicher Natur. Grundsätzlich bedeutet dies, dass auch Personen, die noch nicht volljährig sind, diese Erklärungen selbst abgeben müssen. Bestehen allerdings Zweifel an der Fähigkeit der Personen, die Folgen und Tragweite ihrer Erklärung beurteilen zu können, müssen – gegebenenfalls ergänzend – auch die Erziehungsberechtigten um ihre Einwilligung gebeten werden.

Das Alter der betroffenen Personen bildet dabei nicht das entscheidende Kriterium – entscheidend ist vielmehr die Einsichtsfähigkeit der betroffenen Person im Kontext des jeweiligen Projekts und der mit diesem verbundenen Erhebungs- und Nutzungsvorgänge ihrer personenbezogenen Daten.

Laut DS-GVO Art. 8 Abs. 1 muss die Zustimmung der Eltern eingeholt werden, wenn das Kind das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Nationale Gesetze können eine niedrigere Altersgrenze

¹ Die erste Version dieses Textes wurde erstellt in Zusammenarbeit mit RA Jürgen Scheller, die zweite Version in Zusammenarbeit mit RA Prof. Dr. Jürgen Goebel.

vorsehen, diese darf das 13. Lebensjahr jedoch nicht unterschreiten. In der Praxis zu berücksichtigen ist, ob ein Projekt vom jeweiligen Personenkreis verstanden wird und dieser daher selbst beurteilen kann, ob er seine Daten für dieses Projekt bereitstellen will.

Daher sind als Vorfragen zu klären:

- » das Alter der betroffenen Personen bzw. Schüler/innen;
- » die Einsichtsfähigkeit der betroffenen Personen bzw. Schüler/innen;
- » ob es zwingende Vorgaben zur Einholung der Einwilligung der Erziehungsberechtigten gibt, **etwa auf Grund von Schulgesetzen**;
- » der hieraus resultierende Adressatenkreis der Einwilligenden (Minderjährige bzw. SchülerInnen/Erziehungsberechtigte/beide).

1.2 Rechtsquellen

Rechtsquellen mit datenschutzrechtlicher Relevanz sind in Deutschland breit „gestreut“. Sie finden sich in jeweils eigenen Datenschutzgesetzen der Bundesländer und des Bundes **ebenso wie etwa in Schulgesetzen**. Hinzu gekommen ist ab dem 25. Mai 2018 die Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), die als unmittelbar geltendes Recht zu beachten ist. Da die DS-GVO die „höhere“ Rechtsquelle ist, ist diese stets als Erstes zu prüfen. Nur wenn sie Öffnungsklauseln oder Lücken enthält, ist sodann das nationale Datenschutzrecht des Bundes oder der Bundesländer anzuwenden.

Bevor die Ausgestaltung von Einwilligungserklärungen in Angriff genommen wird, sollte daher stets geklärt werden, welche Rechtsgrundlagen für diese Ausgestaltung überhaupt einschlägig sind. Das Einschalten fachlich entsprechend qualifizierter AnsprechpartnerInnen ist hierbei unbedingt zu empfehlen. Verbleiben Zweifel, sollte externer Rechtsrat eingeholt werden, wobei auch die Aufsichtsbehörden beratende Funktion haben.

Zur Klärung der Rechtsgrundlagen sind die folgenden Punkte zu beachten:

- » die einschlägigen Rechtsquellen sind zu identifizieren; hierfür ist in der Regel der Sitz der Stelle entscheidend, die das Projekt durchführen will;
- » die Priorität einschlägiger Rechtsquellen bei länderübergreifenden Projekten ist festzustellen;
- » u. U. ist es notwendig, eine Genehmigung für das konkreten Projekts (**z. B. nach schulgesetzlichen Vorgaben**) einzuholen;
- » die/der zuständige/n Datenschutzbeauftragte der Stelle, die das Projekt durchführen will, ist anzusprechen;
- » falls erforderlich: die/der Datenschutzbeauftragte des Landes, in dem die (federführende) Institution sitzt, die das Projekt durchführen will, ist anzusprechen.

2. Formalia

2.1 Freiwilligkeit und Informiertheit

Datenschutzrechtlich wirksame Einwilligungserklärungen erfordern stets die Freiwilligkeit der Erklärung und setzen voraus, dass der/die Erklärende die Erklärung „informiert“ abgibt.

Da das Verhältnis Schule/SchülerIn ein sogenanntes „besonderes Gewaltverhältnis“ darstellt, ist die Freiwilligkeit der Erklärung besonders deutlich zu machen, weil der/die Schüler/in sonst leicht glauben könnte, die Einwilligung sei Ausfluss der Schulpflicht und müsse erteilt werden. Die Erhebung der Schülerdaten spielt sich gewissermaßen außerhalb des „besonderen Gewaltverhältnisses“ ab.

Die „Informiertheit“ der Einwilligung erfordert hingegen, dass der Einwilligung eine Darstellung des jeweiligen Projekts und seiner datenschutzrechtlichen Implikationen in laienverständlicher Form vorausgehen muss. Fehlt es hieran, können die Angesprochenen nicht beurteilen, worin sie letztlich einwilligen – die Erklärung ist rechtlich damit unwirksam und kann somit keine Basis für die Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten der Betroffenen bilden.

Daher ist zu achten auf die:

- » laienverständliche Information, Vermeidung von „Fachchinesisch“;
- » Betonung der Freiwilligkeit der Einwilligung.

Der VerbundFDB hat zwei Muster mit Formulierungsbeispielen für informierte Einwilligungen erstellt, die hier als Orientierung dienen können.²

2.2 Schriftlichkeit

Datenschutzrechtliche Einwilligungen sollten in der Regel schriftlich eingeholt werden. Dies erleichtert nicht nur den Nachweis, dass überhaupt eine Einwilligung vorliegt, sondern ermöglicht es zugleich, die Tragweite der jeweiligen Erklärung anhand ihres Wortlauts jederzeit im Nachhinein nachzuvollziehen. Die Schriftlichkeit erleichtert damit auch spätere Prüfungen dahin gehend, ob eine Einwilligung beispielsweise die Weitergabe personenbezogener Daten an Dritte und wenn ja, zu welchen Zwecken, abdeckt oder nicht.

Eine strenge Schriftform (auf Papier mit Unterschrift), wie sie im alten Bundesdatenschutzgesetz in § 4a Abs. 1 vorgesehen war, kennt das neue Datenschutzrecht nicht mehr (siehe Art. 7 Abs. 1 und 2 DS-GVO). Auch Art. 7 Abs. 2 DS-GVO ist so auszulegen, dass die „schriftliche Erklärung“ auch in Textform (also etwa ohne Unterschrift oder per Mail) erfolgen kann. Wegen der soeben erwähnten Beweisfragen sollte aber nach Möglichkeit nach wie vor die Schriftform oder zumindest die Textform eingehalten werden. Nur im Notfall sollten daher mündliche Einwilligungen eingeholt werden.

2.3 Information und Einwilligung in einem Dokument

Im Standardfall der schriftlich eingeholten Einwilligung sollte die Information über das jeweilige Vorhaben mit der Erklärung als solcher verbunden sein. Eine Dokumentstruktur, die den Informations- vom Einwilligungsteil trennt (etwa durch Abschneiden der Einwilligungserklärung), erschwert die spätere Zuordnung der Erklärung zur jeweils zugehörigen Information.

² Verbund Forschungsdaten Bildung (2018): Formulierungsbeispiele für „informierte Einwilligungen“. Version 2.1. fdbinfo Nr. 4. https://www.forschungsdaten-bildung.de/files/fdbinfo_4.pdf sowie Verbund Forschungsdaten Bildung (2018): Formulierungsbeispiele für „informierte Einwilligungen“ in leichter Sprache. Version 1.0. fdbinfo Nr. 5. https://www.forschungsdaten-bildung.de/files/fdbinfo_5.pdf (Zugriff am 14.01.2019).

Es wird daher empfohlen, für die Einwilligungserklärung zwar ein separates Blatt vorzusehen, dieses aber als Bestandteil des Gesamtdokuments „Information und Einwilligungserklärung“ kenntlich zu machen (etwa über eine fortlaufende Seitennummerierung mit Angabe der Gesamtseitenzahl oder die Vergabe eines Titels für das Dokument in der Kopfzeile). Diese Struktur hat zudem den Vorteil, dass deutlich weniger Faktenangaben zum konkreten Projekt in der Einwilligungserklärung wiederholt werden müssen und stattdessen auf den Informationsteil des Gesamtdokuments verwiesen werden kann.

2.4. Abstufung der Einwilligung

In bestimmten Fällen kann eine Abstufung der Einwilligungserklärung sinnvoll sein, so dass die/der Untersuchungsteilnehmer/in bzw. die betroffene Person die Möglichkeit hat, verschiedene Nutzungsszenarien für ihre/seine Daten einzeln zu beurteilen; beispielsweise wenn bestimmte Verwendungszwecke über das eigentliche Forschungsvorhaben hinausgehen oder die Weitergabe an Dritte für die Daten ausgeschlossen oder nur anonymisiert zugelassen werden sollen.

In diesen Fällen kann eine Ankreuzmöglichkeit (Ja/Nein) im Einwilligungstext vorgesehen werden; ein bloßes opt-out (Streichen der jeweiligen Satzteile) ist dabei unzulässig.

2.5 Besonderheiten bei Videostudien

Werden Videostudien von Unterrichts- oder anderen Gruppensituationen durchgeführt, ist zu bedenken, dass die Ablehnung einzelner Verwendungszwecke durch einzelne Personen dazu führen kann, dass das gesamte Video nicht mehr verwendet werden darf. Denn in diesem Fall müsste die einzelne Person, die nicht eingewilligt hat, anonymisiert werden; beispielsweise durch eine nachträgliche Verpixelung des Gesichts. Da Letzteres aufwendig und technologisch anspruchsvoll ist, ist es von Vorteil, entsprechende Maßnahmen schon *während* der Erhebung zu ergreifen. So kann die Person, die nicht eingewilligt hat, im Raum so platziert werden, dass sie von der Videoaufzeichnung nicht erfasst wird.

3. Gestaltung und Inhalte der Erklärung

Die notwendigen Inhalte einer datenschutzrechtlich wirksamen „informierten“ Einwilligung ergeben sich aus Art. 4 Ziff. 11 DS-GVO. Die nationalen Gesetze des Bundes (BDSG) und der Bundesländer (Beispiel: das hessische LDSIG) enthalten insoweit keine eigenständige oder abweichende Definition der Einwilligung. Ggf. ergeben sich noch weitere Anforderungen zur Ausgestaltung aus den jeweils geltenden spezialgesetzlichen Vorschriften (u. a. Schulgesetzen). Aufgenommen in die nachfolgenden Empfehlungen wurden aber auch Punkte, die sich in der Praxis als hilfreich bei der Einholung von Einwilligungen erwiesen haben (Beispiel: Persönliche Anrede).

Eine wirksame Einwilligung besteht aus drei Teilen, die zusammenhängend dargestellt werden sollten.

1. Inhaltlicher Informationsteil
2. Datenschutzrechtlicher Informationsteil
3. Einwilligungserklärung

Allgemeine Formhinweise

- » Informationen über das Forschungsprojekt und die Einwilligungserklärung selbst sollten als einheitliches Dokument einen Titel haben wie etwa „Information und Einwilligungserklärung zum Forschungsvorhaben ...“;
- » der datenschutzrechtliche Informationsteil und die Einwilligung sollten explizit durch Überschrift ausgewiesen sein;
- » Seitennummerierung des Gesamtdokuments („Seite 1 von X“ usw.);
- » *Dokument so kurz wie möglich, aber so lang wie zur laienverständlichen Information nötig;*
- » *übersichtlich und klar lesbar (Strukturierung, angemessene Schriftgröße etc.);*
- » *formulieren Sie so verständlich wie möglich, so detailliert wie nötig.*

1. Inhaltlicher Informationsteil

- » Adressat(en) des Dokuments (SchülerIn/Erziehungsberechtigte/r/beide); persönliche Anrede der AdressatInnen;
- » Bitte um sorgfältiges Durchlesen;
- » Bitte um Rückfragen bei Verständnisschwierigkeiten; Ansprechpartner für diese Rückfragen benennen;
- » Beschreibung der Forschung: Wer sind wir, was machen wir, was haben wir warum vor?
 - Bezeichnung (Titel) des Forschungsvorhabens;
 - Benennung der datenschutzrechtlich verantwortlichen Stelle und/oder Person für das Forschungsvorhaben;
 - Ziele und Zwecke des Forschungsvorhabens beschreiben;
 - Hinweis auf Forschungscharakter;
 - Darstellung des Ablaufs des Forschungsvorhabens (= was wird konkret gemacht, z. B. Interviews, Videos im Unterricht);
 - ggf. Benennung eines Ansprechpartners oder einer Ansprechpartnerin bei Fragen während der Projektdurchführung;
- » Hinweis auf Freiwilligkeit der Einwilligung und jederzeitiges Widerrufsrecht; Information darüber, dass ein Widerruf sich nur auf die zukünftige Nutzung der Daten auswirkt, nicht auf bereits erfolgte Nutzungen;
- » Hinweis auf Folgenlosigkeit der Verweigerung der Einwilligung für die/den Betroffene/n.

2. Datenschutzrechtlicher Informationsteil

Formhinweis: Hervorhebung des datenschutzrechtlichen Informationsteils (z. B. fette Überschrift)

- » *Durch wen werden Daten verarbeitet?* Verantwortliche/n für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten nennen [bei Speicherung/Verarbeitung durch mehrere Stellen: alle benennen, ggf. Aussage über federführende Stelle treffen (häufig ist dies bei Drittmittelförderung der Zuwendungsempfänger, das heißt die Universität oder das Forschungsinstitut, an der das Projekt durchgeführt wird)];
 - Wer hat im Rahmen des Projekts Zugriff auf die Daten?

- » *Wozu werden Daten verarbeitet?* Zweckbestimmung der Datenerhebung und -verarbeitung/-nutzung festlegen (z. B. nur zur Durchführung des konkreten Forschungsvorhabens oder auch für weitere Projekte oder sogar allgemein zum Zwecke pädagogischer Forschung); in diesem Zusammenhang wäre auch auf eine geplante Langzeitarchivierung und Nachnutzung der Daten hinzuweisen.

TIPP! Beachten Sie die Zweckbindung der Einwilligung: Personenbezogene Daten dürfen nicht für anderen Zwecke als die hier angegebenen verwendet werden.

TIPP! Formulieren Sie so spezifisch wie nötig und so allgemein wie möglich.

- » *Welche Daten werden verarbeitet?*
 - Welche Kategorien oder Arten von Daten werden erhoben, gespeichert und verarbeitet (z. B. Namen, Anschrift, **Schul-/Klassenzugehörigkeit**; Lebensumstände, Verhaltensweisen, Einstellungen, Familienzugehörigkeit)?
 - Werden sogenannte „besondere Kategorien personenbezogener Daten“ (Art. 9 Abs. 1 DSGVO) (rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit, Sexuelleben, genetische und biometrische Daten) erhoben, gespeichert und verarbeitet? Ggf. sind diese explizit (als Datenkategorie) zu nennen.
- » *Wie werden die Daten verarbeitet?*
 - Wie erfolgt die Datenverarbeitung (Umfang und Form, also z. B. schriftliche Protokolle, Tonbandprotokolle, Fragebögen, Videoaufzeichnungen, Transkripte u. ä.; personenbezogene oder pseudonymisierte oder anonymisierte Weiterverarbeitung)?
- » Hinweis auf vertrauliche Behandlung der personenbezogenen Daten;
- » Hinweise zur Nachnutzung durch Dritte / Weitergabe an Dritte
 - Sind Weitergaben (Übermittlungen) an Dritte (= Stellen außerhalb der verantwortlichen Stelle, z. B. zur Archivierung und/oder Nachnutzung) vorgesehen? Ggf. Nennung der potentiellen Empfänger;
 - Erfolgt die Weitergabe nur zu wissenschaftlichen Zwecken? Sind nur ausgewiesene Forscher als Dritte zur Nutzung berechtigt? Für welche Zwecke (grob beschreiben) sollen die Daten dann verwendet werden?
- » ggf. Hinweis auf Einsichtsrechte Dritter, wenn es solche aufgrund gesetzlicher Vorgaben (**etwa aufgrund von Schulgesetzen**) gibt;
- » ggf. Hinweis auf Nutzungsdauer, falls diese auf die Laufzeit des Forschungsvorhabens oder das Erreichen des Forschungsziels begrenzt ist;
- » Hinweise zur Veröffentlichung: wie werden Daten veröffentlicht (pseudonymisiert/anonymisiert)?
- » Belehrung über Datenschutzrechte der Betroffenen (Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung der Verarbeitung, Widerspruch gegen die weitere Verarbeitung, Recht auf Datenübertragbarkeit).

3. Einwilligungserklärung

Formhinweis: Die Einwilligungserklärung auf einer neuen Seite des Gesamtdokuments beginnen, als Überschrift „Einwilligungserklärung“ verwenden; fortlaufende Seitennummerierung des Gesamtdokuments beibehalten.

Inhalt der Einwilligung:

- » Titel des Forschungsvorhabens in der Einwilligungserklärung wiederholen;
- » auf Beschreibungen des Forschungsvorhabens, der Zweckbestimmungen, Datenarten, Weitergaben etc. im Informationsteil des Gesamtdokuments verweisen;
- » Hinweis auf zweifache Ausfertigung des Gesamtdokuments, Verbleib des Originals bei der verantwortlichen Stelle, der Kopie bei der betroffenen Person;
- » Bestätigung der Gelegenheit zu Rückfragen („Ich hatte Gelegenheit, Fragen zu stellen. Diese wurden vollständig beantwortet.“); ggf. Festhalten der Fragen und Antworten;
- » Identität des Adressaten/der Adressatin im Klartext;
- » ggf. Identität desjenigen/derjenigen, der/die Fragen beantwortet hat;
- » Bestätigung der betroffenen Person, das Gesamtdokument gelesen, verstanden und ein Exemplar desselben erhalten zu haben;
- » Einwilligung zur Datenverarbeitung („Ich bin mit der Erhebung, Verarbeitung, Speicherung und Weitergabe meiner personenbezogenen Daten entsprechend den Beschreibungen im Informationsteil zum oben bezeichneten Forschungsvorhaben einverstanden.“);
- » Ort, Datum, Unterschrift/en (gegebenenfalls auch der Erziehungsberechtigten).