

Konzerndatenschutz

Rechtshandbuch

Bearbeitet von

Herausgegeben von Axel Bussche, LL.M. (L.S.E.), und Paul Voigt, Lic. en Derecho, Bearbeitet von den
Herausgebern und von Karsten U. Bartels, LL.M., Monika Egle, Nils Hullen, LL.M., Meike Kamp, LL.M., Dr.
Moritz Karg, Dr. Olaf Koglin, Hannes Oenning, Jana Oenning, Dr. Kai-Uwe Plath, LL.M. (N.Y.), Dr. Axel
Spies, C.E.P. (Paris), Prof. Dr. Peter Wedde, und Andreas Zeller

2. Auflage 2019. Buch. XLVI, 510 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72008 6

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

besondere Form ist nicht vorgeschrieben. Aus Erwägungsgrund 59 ergibt sich jedoch, dass der Verantwortliche die Möglichkeit einer elektronischen Antragsstellung schaffen soll.¹⁶¹

2. Anspruch aus Art. 20 Abs. 1 DSGVO. Der Anspruch aus Art. 20 Abs. 1 61 DSGVO besteht unter drei Voraussetzungen, die kumulativ („und“) vorliegen müssen: Zunächst muss es sich um personenbezogene Daten, die der Antragssteller bereitgestellt hat und die diesen betreffen, handeln. Weiterhin hat die Verarbeitung auf einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a bzw. nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO oder auf einem Vertrag iSd. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b DSGVO zu beruhen. Zuletzt muss die Verarbeitung mithilfe automatisierter Verfahren erfolgen.

a) Durch den Antragsteller bereitgestellte personenbezogene Daten. Die Daten 62 müssen personenbezogen sein und sich auf die Person des Antragstellers beziehen.¹⁶² Das bedeutet konkret, dass nicht jegliche Daten, die von der betroffenen Person bereitgestellt wurden, Gegenstand des Anspruchs sind, sondern, dass diese auch den Antragsteller betreffende Informationen beinhalten müssen.¹⁶³ Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Problematik des Doppelbezuges, da gerade umfassende Datensätze häufig auch Daten mit Drittbezug enthalten. Daten, die auch Dritte betreffen, wie zB Chatverläufe, sind aber nicht ausgenommen, wenn sie auch die Person des Antragstellers betreffen. Auch Art. 20 Abs. 4 DSGVO steht dem nicht entgegen, wenn keine Rechte und Freiheiten des Dritten beeinträchtigt werden.¹⁶⁴ Die Daten müssen weiterhin vom Antragsteller bereitgestellt worden sein. Bereitgestellt sind dabei solche Daten, die der Betroffene aktiv und wissentlich zur Verfügung gestellt hat.¹⁶⁵ Dies kann beispielsweise Emailadressen, Kontodaten oder das Alter einer Person umfassen.¹⁶⁶ Des Weiteren sind auch Daten erfasst, die von der Person generiert wurden und die der Verantwortliche im Laufe der Vertragsbeziehung registriert hat, wie zB Browserverläufe, Verkehrsdaten oder Aufzeichnungen eines Fitnesstrackers.¹⁶⁷ Dazu zählen allerdings solche Daten nicht, die Ergebnis eines Verarbeitungsvorgangs des Verantwortlichen sind oder die von einer anderen Person bereitgestellt wurden.¹⁶⁸ Erfasst sind daher von Art. 20 DSGVO nicht modifizierte und nicht klassifizierte Rohdaten, die vom Verantwortlichen erfasst werden.¹⁶⁹

b) Einwilligung oder Vertrag als Grundlage. Die Verarbeitung muss entweder auf 63 einer Einwilligung oder auf einem Vertrag beruhen, Art. 20 Abs. 1 lit. a DSGVO. Erwägungsgrund 68 stellt dabei ausdrücklich klar, dass das Recht aus Art. 20 DSGVO nicht bei Verarbeitungen, die aufgrund anderer Grundlage erfolgen, gelten soll.¹⁷⁰

c) Verarbeitung mittels automatisierter Verfahren. „Automatisierte Verfahren“ 64 bezeichnen jeglichen Umgang mit personenbezogenen Daten unter Einsatz von Da-

¹⁶¹ Kühling/Buchner/*Herbst*, DSGVO, Art. 20 Rn. 32.

¹⁶² Gola/*Piltz*, DSGVO, Art. 20 Rn. 14.

¹⁶³ Kühling/Buchner/*Herbst*, DSGVO, Art. 20 Rn. 9.

¹⁶⁴ Schantz/*Wolff/Schantz*, Das neue Datenschutzrecht Rn. 1240.

¹⁶⁵ *Hänsel*, ZD-Aktuell 2017, 05492.

¹⁶⁶ Voigt/*v. d. Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.6.1.

¹⁶⁷ Voigt/*v. d. Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.6.1.

¹⁶⁸ Kühling/Buchner/*Herbst*, DSGVO, Art. 20 Rn. 11.

¹⁶⁹ Voigt/*v. d. Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.6.1.

¹⁷⁰ Kühling/Buchner/*Herbst*, DSGVO, Art. 20 Rn. 12.

tenverarbeitungssystemen.¹⁷¹ Dies bedeutet, dass die Datenverarbeitung mittels jeglicher Art von informationstechnischen Systemen erfasst ist.¹⁷² Der Begriff der Verarbeitung ist in Art. 4 Nr. 2 DSGVO definiert und kann grundsätzlich auch nicht-automatisierte Verarbeitungen umfassen. Die Einbeziehung nicht-automatisierter Vorgänge in Art. 4 Nr. 2 DSGVO ist hier jedoch durch die spezielle Regelung des Art. 20 Abs. 1 lit. b DSGVO verdrängt.

- 65 d) Inhalt des Anspruchs.** Der Verantwortliche hat die Daten dem Antragssteller in einem **strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format** zur Verfügung zu stellen. Diesbezüglich wird der aktuelle Stand der Technik maßgeblich sein.¹⁷³ Diese Vorgaben müssen kumulativ erfüllt sein.¹⁷⁴ Bei alledem wird man davon ausgehen können, dass höhere Anforderungen an den Verantwortlichen gestellt werden können, als dies im Rahmen des Auskunftsanspruchs aus Art. 15 DSGVO der Fall ist, da Art. 20 DSGVO ansonsten keine eigenständige Bedeutung zukäme.¹⁷⁵
- 66** Im Rahmen der Bereitstellung der Daten hat der Betroffene weiterhin das Recht, dass die Weitergabe der Daten **ohne Behinderung** durch den Verantwortlichen erfolgt. Die Datenportabilität soll nicht durch technische oder rechtliche Restriktionen seitens des Verantwortlichen unterlaufen werden.¹⁷⁶ Der Verantwortliche darf daher die Ausübung des Rechts nicht an Bedingungen knüpfen oder den Anspruch in quantitativer Hinsicht beschränken bzw. die Durchführung verzögern.¹⁷⁷
- 67 3. Übermittlung der Daten.** Art. 20 Abs. 2 DSGVO gibt dem Betroffenen das Recht, eine Direktübermittlung von einem Verantwortlichen zum anderen zu fordern. Dieses Recht wird durch die technische Durchführbarkeit einer solchen Übermittlung beschränkt. Es bleibt dem Betroffenen auch unbenommen, die Übermittlung zunächst an sich selbst zum Zwecke der eigenen Weiterübermittlung an den anderen Verantwortlichen zu verlangen. Es besteht allerdings keine entsprechende Verpflichtung auch des Empfängers der Daten, diese von dem übermittelnden Wettbewerber anzunehmen.¹⁷⁸ Es besteht auch keine Pflicht zu einer allgemeinen Vernetzung der Anbieter untereinander.¹⁷⁹
- 68 4. Beschränkung der Ansprüche durch Art. 20 Abs. 3 und 4 DSGVO und § 28 Abs. 4 BDSG.** Das Recht aus Art. 20 DSGVO besteht gemäß Art. 20 Abs. 3 Satz 2 DSGVO nicht, wenn die Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse erforderlich ist oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde.
- 69** Auch besteht eine Ausnahme von der Verpflichtung des Verantwortlichen nach Art. 20 Abs. 1 und 2 DSGVO gemäß Art. 20 Abs. 4 DSGVO für den Fall, dass **Rechte und Freiheiten anderer Personen** beeinträchtigt werden.¹⁸⁰ Dies bedeutet,

¹⁷¹ BeckOK DatenSR/Schild, DSGVO, Art. 4 Rn. 34.

¹⁷² BeckOK DatenSR/Schild, DSGVO, Art. 4 Rn. 34.

¹⁷³ Plath/Kamlab, DSGVO/BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 8.

¹⁷⁴ Strubel, ZD 2017, 355 (356).

¹⁷⁵ Plath/Kamlab, DSGVO/BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 9.

¹⁷⁶ Plath/Kamlab, DSGVO/BDSG, Art. 20 DSGVO Rn. 9.

¹⁷⁷ Ehmann/Selmayr/Raum, DSGVO, Art. 20 Rn. 26.

¹⁷⁸ BeckOK DatenSR/v. Lewinski, DSGVO, Art. 20 Rn. 57.

¹⁷⁹ BeckOK DatenSR/v. Lewinski, DSGVO, Art. 20 Rn. 57.

¹⁸⁰ Der Wortlaut des Abs. 4 bezieht sich auf Abs. 2, jedoch ist dies wohl als Redaktionsversehen in der deutschen Fassung anzusehen, da die übrigen Sprachfassungen auf Abs. 1 DSGVO verweisen

dass in Bezug auf personenbezogene Daten Dritter, die im Datensatz enthalten sind, die Grundrechte und Grundfreiheiten dieser Personen zu beachten sind.¹⁸¹ Dies kann zB bei Nutzerprofilen, die auch Kommentare und Einträge anderer Nutzer enthalten, oder bei Nachrichtenverläufen zwischen dem Antragssteller und einem anderen Nutzer der Fall sein. Eine relevante Beeinträchtigung eines Rechts eines Dritten kann dabei auch ein Geschäftsgeheimnis oder geistiges Eigentum des Verantwortlichen bewirken, wobei dies nur eine Reduzierung der Datenmenge, nicht aber eine vollständige Versagung rechtfertigt.¹⁸² Um das Recht auf Datenportabilität jedoch nicht zu entwerten, sollte der Ausnahmetatbestand restriktiv ausgelegt werden.¹⁸³ Ansonsten wäre es kaum jemals möglich, komplexere Datensätze zB aus sozialen Netzwerken zu übertragen. Eben zu diesem Zweck wurde Art. 20 DSGVO jedoch geschaffen.¹⁸⁴ Allerdings ist in jedem Fall eine Einzelfallprüfung, schon aufgrund der möglichen Bußgelder von bis zu 20.000.000 Euro oder 4 % des weltweiten Jahresumsatzes (Art. 83 Abs. 5 DSGVO), angezeigt.¹⁸⁵ Ergibt die Einzelfallprüfung, dass Rechte Dritter betroffen sind, dann ist dem Antragssteller nur ein eingeschränkter Datensatz zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁶

Die Rechte aus Art. 20 DSGVO bestehen nach § 28 Abs. 4 BDSG auch dann nicht, soweit durch die Ausübung dieser Rechte voraussichtlich die Verwirklichung der im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecke unmöglich wird oder wenn diese ernsthaft beeinträchtigt werden.

5. Beschäftigungskontext. Der Anwendungsbereich des Art. 20 DSGVO erfasst auch Daten, die im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses erhoben wurden, soweit diese aufgrund deren Notwendigkeit für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses oder gegebenenfalls aufgrund einer Einwilligung des Arbeitnehmers erhoben wurden. Fraglich erscheint jedoch, ob Art. 20 DSGVO auf solche Daten Anwendung findet, die sowohl aufgrund einer Einwilligung als auch aufgrund anderer Erlaubnistatbestände, beispielsweise einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, verarbeitet werden, wie zB Steuer- oder Sozialversicherungsdaten.¹⁸⁷ Hier sind die Entwicklungen in der Rechtsprechung sowie die Stellungnahme der Aufsichtsbehörden zu entsprechend „gedoppelten“ Rechtfertigungsnormen abzuwarten.

6. Verhältnis zum Recht auf Löschung, Art. 17 DSGVO. Nach Art. 20 Abs. 3 Satz 1 DSGVO bleibt das Recht aus Art. 17 DSGVO unberührt. Dies bedeutet konkret, dass die Ausübung des Rechts aus Art. 20 DSGVO durch den Betroffenen nicht zu einer Löschpflicht des Verantwortlichen führt, sondern die Ausübung dieses Rechts im Ermessen des Betroffenen liegt.¹⁸⁸ Allerdings sollte der Verantwortliche den Antrag des Betroffenen dahingehend prüfen, ob diesem nicht auch gleichzeitig ein Löschverlangen zu entnehmen ist. Auch sollte Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO beach-

und damit eine Ausnahme vom gesamten Art. 20 DSGVO vorsehen, vgl. auch BeckOK DatenSR/v. Lewinski, Art. 20 DSGVO Rn. 92.

¹⁸¹ Paal/Pauly/Paal, DSGVO, Art. 20 Rn. 26.

¹⁸² Erwägungsgrund 63 DSGVO.

¹⁸³ Schantz/Wolff/Schantz, Das neue Datenschutzrecht Rn. 1240.

¹⁸⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 242, 11 f.; aA Koreng/Lachenmann/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, Kapitel F VI. 2.

¹⁸⁵ Voigt/v. d. Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.6.1.2.

¹⁸⁶ Paal/Pauly/Paal, DSGVO, Art. 20 Rn. 26.

¹⁸⁷ Voigt/v. d. Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.6.4.

¹⁸⁸ Voigt/v. d. Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.6.4.

tet werden, der den Verantwortlichen zur Datenminimierung verpflichtet, wenn die Daten zu Erreichung des Verarbeitungszweckes nicht länger erforderlich sind.¹⁸⁹

V. Widerspruchsrecht des Betroffenen, Art. 21 DSGVO

- 73 Für Datenverarbeitungen, die auf Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e oder f DSGVO beruhen, sieht Art. 21 Abs. 1 DSGVO ein **antragsgebundenes** Widerspruchsrecht vor, welches den Verantwortlichen dazu verpflichtet, weitere Verarbeitungstätigkeiten zu unterlassen. Art. 21 DSGVO richtet sich dabei vorrangig gegen **rechtmäßige Verarbeitungstätigkeiten**, die dem **Willen der betroffenen Person nicht entsprechen**.¹⁹⁰ Das Widerspruchsrecht der Betroffenen in der DSGVO wird, verglichen mit der EG-Datenschutzrichtlinie, zum Nachteil der datenverarbeitenden Unternehmen deutlich erweitert, da Widersprüche in Zukunft größere Erfolgsaussichten haben dürften.¹⁹¹
- 74 **1. Form des Widerspruchsrechts aus Art. 21 DSGVO.** Der Antrag ist dabei an **keine Form gebunden**.¹⁹² Der Antrag muss auch nicht ausdrücklich als Widerspruch formuliert sein, allerdings muss sich der subjektive Wille des Antragsstellers auf Erhebung eines Widerspruchs zumindest konkludent aus diesem ergeben.¹⁹³
- 75 **2. Gründe für einen Widerspruch gegen die Verarbeitung.** Art. 21 DSGVO sieht in drei Situationen ein Widerspruchsrecht des Betroffenen vor.
- 76 **a) Besondere Situation der betroffenen Person.** Art. 21 Abs. 1 DSGVO eröffnet die Möglichkeit, einzelfallbezogene Korrekturen bei Verarbeitungen vorzunehmen, die zwar an sich bei einer generellen Betrachtung rechtmäßig sind, die sich aber aufgrund einer **individuellen Sondersituation** als rechtswidrig erweisen.¹⁹⁴ Das Widerspruchsrecht aus Art. 21 Abs. 1 DSGVO besteht unter der Voraussetzung, dass die Verarbeitung der personenbezogenen Daten aufgrund der Wahrnehmung einer Aufgabe erfolgt, die im öffentlichen Interesse liegt (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e DSGVO) oder dass die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erfolgt (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO). Dies gilt ausdrücklich auch für Fälle des Profilings. Weiterhin hat der Betroffene nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO Gründe dafür darzulegen, dass eine ihn betreffende, besondere Situation vorliegt, die ein Widerspruchsrecht begründet. Es hat also eine **Abwägung der individuellen Interessenlage des Betroffenen** mit dem an sich **rechtmäßigen Verarbeitungsinteresse des Verantwortlichen** zu erfolgen.¹⁹⁵
- 77 Eine besondere Situation ist dabei eine solche, die sich in Bezug auf die betroffene Person in außerordentlicher, spezifischer und individueller Weise von der Situation anderer Personen unterscheidet.¹⁹⁶ Eine derartige besondere Situation kann sich zB aus **den familiären Umständen oder geschäftlichen Geheimhaltungsinteressen** ergeben.¹⁹⁷

¹⁸⁹ Voigt/v. d. Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.6.4.

¹⁹⁰ Paal/Pauly/Martini, DSGVO, Art. 21 Rn. 1 f.; Plath/Kamlah, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO Rn. 1.

¹⁹¹ v. d. Bussche/Zeiter, EDPL 2016, 576 (579).

¹⁹² Paal/Pauly/Martini, DSGVO, Art. 21 Rn. 21.

¹⁹³ Ehmann/Selmayr/Kamann/Braun, DSGVO, Art. 21 Rn. 33.

¹⁹⁴ Ehmann/Selmayr/Kamann/Braun, DSGVO, Art. 21 Rn. 10.

¹⁹⁵ Ehmann/Selmayr/Kamann/Braun, DSGVO, Art. 21 Rn. 13.

¹⁹⁶ Ehmann/Selmayr/Kamann/Braun, DSGVO, Art. 21 Rn. 20.

¹⁹⁷ Paal/Pauly/Martini, DSGVO, Art. 21 Rn. 30.

Der Betroffene hat in Bezug auf die Darlegung der Situation **konkrete Tatsachen** vorzutragen und auf Nachfrage auch Nachweise zu erbringen.¹⁹⁸

Art. 21 Abs. 1 Satz 2 DSGVO enthält zwei Gegenausnahmen vom Widerspruchsrecht zugunsten des Verantwortlichen. Zum einen kann sich das rechtmäßige Verarbeitungsinteresse des Verantwortlichen **aus zwingenden schutzwürdigen Gründen** für die Verarbeitung ergeben und die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen. Die Qualifizierung als „zwingend“ bedeutet dabei, dass bloße Unannehmlichkeiten, geringfügige Mehrkosten oder Umsatzverluste für den Verantwortlichen nicht ausreichen.¹⁹⁹ Zum anderen kann die Datenverarbeitung der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von **Rechtsansprüchen** dienen. Dann bedarf es nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 DSGVO keiner Prüfung, ob die Verarbeitung aus zwingenden schutzwürdigen Interessen erforderlich ist. Hier ist die Verarbeitung immer vom Widerspruchsrecht ausgeschlossen.²⁰⁰

b) Widerspruchsrecht aus Art. 21 Abs. 2 und 3 DSGVO bei Direktwerbung. Im Falle einer Datenverarbeitung zu Zwecken der Direktwerbung hat der Betroffene ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht, Art. 21 Abs. 2 DSGVO.

Direktwerbung ist in der DSGVO nicht definiert. Direktwerbung liegt vor, wenn der Werbende einen unmittelbaren Kontakt zu einem bestimmten Adressaten herstellt, sei es durch persönliche Ansprache oder durch Telekommunikationsmittel.²⁰¹ Das Widerspruchsrecht besteht ebenso wie bei Art. 21 Abs. 1 DSGVO ausdrücklich auch für Fälle des Profilings, die mit der Direktwerbung im Zusammenhang stehen. Eine Begründung des Widerspruchs durch den Betroffenen ist in diesem Fall nicht nötig.²⁰² Rechtsfolge des Widerspruchs ist nach Art. 21 Abs. 3 DSGVO, dass die Daten nicht mehr für die Zwecke der Direktwerbung verarbeitet werden dürfen. Dies bedeutet aber auch, dass, falls eine weitere **zulässige Verarbeitung zu anderen Zwecken** erfolgt, diese weiterhin stattfinden kann.²⁰³

c) Verarbeitung zu Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken. Art. 21 Abs. 6 DSGVO gibt der betroffenen Person ein Widerspruchsrecht gegen sie betreffende Verarbeitungen, die zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken erfolgen. Wie auch im Rahmen des allgemeinen Widerspruchsrechts nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO muss der Betroffene auch hier Gründe vortragen, aus denen sich eine ihn betreffende, besonderen Situation ergibt, die die Verarbeitung rechtswidrig macht.²⁰⁴

Die für Unternehmen bedeutenden „statistischen Zwecke“ umfassen jeden für die Durchführung statistischer Untersuchungen und die Erstellung statistischer Ergebnisse erforderlichen Vorgang der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten.²⁰⁵ Ein Widerspruch ist ausgeschlossen, wenn die Verarbeitung zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe erforderlich ist, Art. 21 Abs. 6 DSGVO. Für das Vorliegen eines solchen Interesses trägt der Verantwortliche die Beweislast.²⁰⁶

¹⁹⁸ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 21 Rn. 9.

¹⁹⁹ BeckOK DatenSR/Forgó, DSGVO, Art. 21 Rn. 12.

²⁰⁰ BeckOK DatenSR/Forgó, DSGVO, Art. 21 Rn. 14.

²⁰¹ Ehmann/Selmayr/Kamann/Braun, Art. 21 DSGVO Rn. 47.

²⁰² BeckOK DatenSR/Forgó, DSGVO, Art. 21 Rn. 20.

²⁰³ BeckOK DatenSR/Forgó, DSGVO, Art. 21 Rn. 23.

²⁰⁴ → Rn. 76 ff.

²⁰⁵ Erwägungsgrund 162 DSGVO.

²⁰⁶ Voigt/v. d. Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.7.1.3.

- 83 d) Rechtsfolge.** Rechtsfolge einer Abwägung zugunsten des Betroffenen und damit eines begründeten Widerspruches ist nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 DSGVO, dass der Verantwortliche die Daten nicht mehr verarbeiten darf. Dies bedeutet, dass der Verantwortliche den Widerspruch **unverzüglich**, dh **spätestens innerhalb eines Monats** prüft und im Falle eines erfolgreichen Widerspruchs die Verarbeitung einstellt.²⁰⁷
- 84 3. Hinweispflicht auf das Bestehen des Widerspruchsrechts, Art. 21 Abs. 4 DSGVO.** „Spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation“ ist der Betroffene nach Art. 21 Abs. 4 DSGVO über das Bestehen der Widerspruchsrechte aus Art. 21 Abs. 1 und 2 DSGVO durch den Verantwortlichen zu informieren. Der Zeitpunkt der ersten Kommunikation meint im Zusammenhang mit Abs. 2 den **ersten Kontakt zu Werbezwecken**.²⁰⁸ Der Hinweis hat in einer verständlichen und von anderen Informationen getrennten Form zu erfolgen. Abgetrennt bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Hinweis sich von den anderen Informationen zB durch Rahmung oder Fettdruck abhebt.²⁰⁹ Auch ein Vorhalten in der Datenschutzerklärung oder im Impressum eines Prospektes ist zulässig.²¹⁰
- 85 4. Widerspruch mittels automatisierter Verfahren bei Nutzung von Diensten der Informationsgesellschaft, Art. 21 Abs. 5 DSGVO.** Nach Art. 21 Abs. 5 DSGVO kann der Betroffene sein Widerspruchsrecht mittels automatisierter Verfahren ausüben, bei denen technische Spezifikationen verwendet werden, wenn ein Zusammenhang mit der Nutzung von Diensten der Informationsgesellschaft besteht. Art. 21 Abs. 5 DSGVO ist im Zusammenhang mit dem der DSGVO insgesamt innewohnenden Ziel eines Datenschutzes durch Technik (vgl. Art. 25 DSGVO) zu sehen und ist hier für den konkreten Anwendungsfall des Widerspruchsrechts ausgeformt.²¹¹ Ein Dienst der Informationsgesellschaft ist jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers an diesen erbrachte Dienstleistung.²¹² Ein automatisiertes Verfahren, bei dem technische Spezifikationen verwendet werden, ist beispielsweise die Nutzung von Browsereinstellungen, die standardmäßig einem Webserver, dessen Inhalte mittels des Browsers aufgerufen werden, signalisieren, dass der Nutzer der automatischen Nachverfolgung seines Surfverhaltens widerspricht.²¹³
- 86 5. Ausnahmen nach den §§ 27, 28, 36 BDSG.** Nach § 27 Abs. 2 BDSG besteht kein Widerspruchsrecht des Betroffenen, wenn diesem **Forschungs- oder Statistikzwecke** entgegenstehen. Ebenso gilt dies nach § 28 Abs. 4 BDSG, falls einem Widerspruchsrecht im öffentlichen Interesse liegende **Archivzwecke** entgegenstehen. Eine weitere Ausnahme von § 22 DSGVO sieht § 36 BDSG vor. Dieser versagt dem Betroffenen ein Widerspruchsrecht gegenüber einer **öffentlichen Stelle**, wenn eine **Rechtsvorschrift** zur Verarbeitung verpflichtet oder wenn an der Verarbeitung ein **zwingendes öffentliches Interesse** besteht und im jeweiligen Fall eine Abwägung mit den Interessen des Betroffenen ein Überwiegen der öffentlichen Interessen ergibt.

²⁰⁷ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 21 Rn. 17.

²⁰⁸ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 21 Rn. 28.

²⁰⁹ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 21 Rn. 30.

²¹⁰ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 21 Rn. 30.

²¹¹ Paal/Pauly/Martini, DSGVO, Art. 21 Rn. 74.

²¹² Kühling/Buchner/Herbst, DSGVO, Art. 21 Rn. 42.

²¹³ Sog. Do-not-track-Einstellung, Beispiel nach Kühling/Buchner/Herbst, DSGVO, Art. 21 Rn. 43.

VI. Automatisierte Entscheidungen, Art. 22 DSGVO

Art. 22 DSGVO gibt dem Betroffenen einen Anspruch darauf, keinen Entscheidungen mit rechtlicher oder ähnlicher Wirkung unterworfen zu werden, die **ausschließlich durch automatisierte Entscheidungsprozesse** getroffen wurden. Dies zeigt, dass der Verordnungsgeber davon ausgeht, dass automatisierte Entscheidungen ein besonders hohes Risiko- und Gefährdungspotential für den Betroffenen mit sich bringen.²¹⁴ Ein derartiges Verbot ist im deutschen Datenschutzrecht bereits seit mehr als 15 Jahren vorgesehen, so dass die bereits herausgebildete Kasuistik und Rechtsprechung in diesem Zusammenhang zukünftig herangezogen werden könnte.²¹⁵

1. Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Aus der Formulierung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO („Die betroffene Person hat das Recht, nicht ... unterworfen zu werden“) geht nicht eindeutig hervor, ob es sich bei Art. 22 Abs. 1 DSGVO um ein Recht handelt, das der Betroffene ausüben muss, oder aber um ein grundsätzliches Verbot, das sich an den Verantwortlichen richtet.²¹⁶ Gegen ein grundsätzliches Verbot spricht die Stellung des Art. 22 DSGVO im Abschnitt „Rechte der Betroffenen“.²¹⁷ Für ein Verbot spricht allerdings, dass ansonsten unklar ist, was genau der Betroffene vom Verantwortlichen fordern kann (Löschung, Einschränkung, Berichtigung, Vornahme einer neuen, nicht automatisierten Entscheidung, Unterlassung).²¹⁸ Andererseits ist der Betroffene nach Art. 13 Abs. 2 lit. e bzw. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO über die automatisierte Entscheidungsfindung zu informieren. Auch kann der Betroffene nach Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO auf Antrag Auskunft darüber erhalten, dass eine automatisierte Entscheidung getroffen wurde.²¹⁹ Der ausdrückliche Verweis in Art. 13 Abs. 2 lit. e, 14 Abs. 2 lit. g sowie 15 Abs. 1 lit. h DSGVO auf Art. 22 Abs. 1 DSGVO spricht darüber hinaus dafür, dass kein grundsätzliches Verbot besteht. Es wäre widersprüchlich, wenn Art. 22 Abs. 1 DSGVO ein generelles Verbot enthalten würde, da hierüber nicht informiert bzw. Auskunft erteilt werden, sondern der Vorgang eingestellt werden müsste.²²⁰ Sachgemäß erscheint daher, in Art. 22 Abs. 1 DSGVO einen **Unterlassungsanspruch des Betroffenen** zu sehen.²²¹

Voraussetzung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist zunächst, dass der Betroffene einer **Entscheidung unterworfen wird**. Entscheidung bedeutet dabei, dass als Ergebnis der Verarbeitung ein einer natürlichen oder juristischen Person zuzurechnender, aus mindestens zwei Varianten wählender gestaltender Akt mit einer gewissen abschließenden Wirkung vorliegt.²²² Diese Entscheidung muss auf einer **automatisierten Verarbeitung** beruhen. Eine solche liegt vor, wenn maschinell verarbeitete Daten unmittelbar zu einer computergestützten, also durch Datenverarbeitungsanlagen ge-

²¹⁴ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 22 Rn. 1.

²¹⁵ Das Verbot war in § 6a BDSG-alt geregelt.

²¹⁶ Paal/Pauly/Martini, DSGVO, Art. 22 Rn. 29.

²¹⁷ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 22 Rn. 6.

²¹⁸ Plath/Kamlah, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO Rn. 4.

²¹⁹ Plath/Kamlah, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO Rn. 5.

²²⁰ IE gegen ein grundsätzliches Verbot: BeckOK DatenSR/v. Lewinski, DSGVO, Art. 22 Rn. 2.1.; aA (für ein grundsätzliches Verbot): Paal/Pauly/Martini, Art. 22 DSGVO Rn. 29; Kühling/Buchner/Buchner, Art. 22 DS-GVO Rn. 12; Gola/Schulz, Art. 22 DSGVO Rn. 7.

²²¹ Plath/Kamlah, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO Rn. 4.

²²² Gola/Schulz, DSGVO, Art. 22 Rn. 18.

troffenen Entscheidung führen, die einer auch nur teilweisen Bewertung bzw. Mitbestimmung durch eine natürliche Person entzogen sind.²²³

- 90 Die Entscheidung auf automatisierter Grundlage muss gegenüber der betroffenen Person **rechtliche Wirkung** entfalten oder sie in ähnlicher Weise **erheblich beeinträchtigen**. Eine rechtliche Wirkung meint in Abgrenzung zur zweiten Tatbestandsalternative das Setzen einer Rechtsfolge oder aber eine faktische Veränderung, die rechtliche Erheblichkeit besitzt, ohne allerdings zugleich schon eine „erhebliche Beeinträchtigung“ iSd zweiten Tatbestandsvariante zu begründen.²²⁴ Die Variante der „erheblichen Beeinträchtigung“ erfordert dabei zunächst Realakte und tatsächliche Handlungen einschließlich des Unterlassens.²²⁵ Die Erheblichkeit für den Einzelnen lässt sich nur anhand einer **Einzelfallentscheidung** beurteilen. Es ist dabei anhand von objektiven Kriterien zu bestimmen, ob die wirtschaftliche oder persönliche Situation des Betroffenen erheblich negativ beeinflusst wird.²²⁶

- 91 **2. Erlaubte automatisierte Entscheidungen nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO.** Art. 22 Abs. 2 DSGVO enthält **drei Ausnahmen** vom Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Diese Ausnahmen dürften für die Praxis höchst relevant werden, da ihnen ein weiter Anwendungsbereich zukommt. Das Verarbeitungsverbot gilt demnach nicht, wenn die Entscheidung:

- 92 – lit. a: für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist; Als Beispiel für Verträge, für deren Erfüllung eine automatisierte Entscheidung notwendig ist, werden **Bonitäts- oder Liquiditätsprüfungen** von E-Commerce-Unternehmen, die den Vertragsabschluss unter Vorbehalt einer erfolgreichen Prüfung stellen, genannt.²²⁷
- lit. b: aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten; Lit. b. enthält eine **Öffnungsklausel** zugunsten europäischer oder mitgliedsstaatlicher Regelungen. Voraussetzung ist, dass die Regelung eine Abwägung mit den Interessen des Betroffenen trifft oder ermöglicht. Der deutsche Gesetzgeber hat von der Öffnungsklausel aus Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO mit der Schaffung des § 37 BDSG Gebrauch gemacht und Ausnahmen für Versicherungsverträge, insbesondere in Bezug auf die Verarbeitung von Gesundheitsdaten (§ 37 Abs. 2 BDSG), normiert.²²⁸
- lit. c: mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt. Der Nachweis, dass eine **ausdrückliche Einwilligung** (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) vorliegt, dürfte aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Abs. 1 und 2 dem Verantwortlichen obliegen.²²⁹

- 93 **3. Pflichten des Verantwortlichen bei einer automatischen Entscheidung nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO.** Nach Art. 22 Abs. 3 DSGVO hat der Verantwortliche, wenn

²²³ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 22 Rn. 12.

²²⁴ BeckOK DatenSR/v. Lewisink, DSGVO, Art. 22 Rn. 26, der aber offen lässt, ob auch die faktische Veränderung erfasst ist.

²²⁵ BeckOK DatenSR/v. Lewisink, DSGVO, Art. 22 Rn. 37.

²²⁶ Gola/Schulz, DSGVO, Art. 22 Rn. 24.

²²⁷ Ehmann/Selmayr/Hladjk, DSGVO, Art. 22 Rn. 11.

²²⁸ Voigt/v. d. Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung 5.8.3.

²²⁹ Ehmann/Selmayr/Hladjk, DSGVO, Art. 22 Rn. 13.