

## 5 Regelungsvorschläge

Soweit dieses Gutachten Änderungen einzelner Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung vorschlägt, werden in diesem Kapitel Formulierungsvorschläge zur Diskussion gestellt, um erkennen zu können, wie Verbesserungen dieser Vorschriften aussehen könnten.

### 5.1 Aufenthaltsprinzip

Um den räumlichen Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung entsprechend einer konsequenten Anwendung des Aufenthaltsprinzips auf jede Form der Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen auszuweiten, die sich in der Europäischen Union aufhalten, wird folgende Änderung des Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO empfohlen:

„(2) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht,  
a) betroffenen Personen in der Union ~~Waren oder Dienstleistungen anzubieten~~ *anzusprechen*, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist;“

Indem das Angebot von Waren und Dienstleistungen nicht mehr gefordert wird, ist eine Abgrenzung dieses Angebots von anderen Tätigkeiten nicht mehr erforderlich. Der Kreis der erfassten Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter wird dadurch erweitert, dass jede Ansprache einer Person in der Union für die Anwendung der Verordnung ausreicht. Zugleich erfolgt keine Anwendung der Verordnung, wenn die Initiative für die letztliche Verarbeitung personenbezogener Daten nicht von dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter ausgeht, sondern von der betroffenen Person selbst.

## 5.2 Datenschutzrechtliche Grundsätze

Um in der deutschen Fassung des Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO den zweiten Grundsatz mit einer ihm gemäßen Bezeichnung auszuweisen und eine Verwirrung bezogenen auf den zivilrechtlichen Begriff von „Treu und Glauben“ zu vermeiden, wird folgende Änderung des Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO empfohlen:

„(1) Personenbezogene Daten müssen  
a) auf rechtmäßige Weise, *fair nach Treu und Glauben* und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, *Fairness Verarbeitung nach Treu und Glauben*, Transparenz“);“

Um den Grundsatz der Datenminimierung um den Grundsatz der Datenvermeidung zu ergänzen, wird folgende Änderung des Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO empfohlen:

„(1) Personenbezogene Daten müssen ...  
c) dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein („Datenminimierung“) *und in Datenverarbeitungssystemen verarbeitet werden, deren Auswahl und Gestaltung an dem Ziel ausgerichtet sind, so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu verarbeiten (Datenvermeidung)*;“

Durch die Formulierung „so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu verarbeiten“ wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Geltung gebracht. Entscheidend ist, dass nicht nur Datenminimierung nach einem Zweck, den der Verantwortliche ausgewählt hat, stattfindet, sondern Vermeidung der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Systemgestaltung unter Einbeziehung des Zwecks.

## 5.3 Vorrang der Einwilligung

Um klarzustellen, dass ein Verantwortlicher sich neben einer Einwilligung nicht zusätzlich auf einen anderen gesetzlichen Erlaubnistatbestand berufen kann, wird folgende Änderung des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO vorgeschlagen:

„(1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn ~~mindesten eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist~~ a) *Die entweder die* betroffene Person ~~hat~~ ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden

personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben *hat oder* eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

b-a) die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen; ...“

Durch die Anpassungen wird klargestellt, dass die Einwilligung und die anderen gesetzlichen Erlaubnistatbestände nur alternativ genutzt werden können. Indem ein „entweder – oder“ eingefügt und dadurch die Einwilligung von den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen abgehoben und das „mindestens“ gestrichen wird, ist es ausgeschlossen, die Einwilligung mit den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen gleichzusetzen und sie mit ihnen zu kombinieren. Es gibt nach der Änderung nur noch zwei – sich gegenseitig ausschließende – Wege, die Datenverarbeitung zu rechtfertigen. Dadurch wird verhindert, dass ein Verantwortlicher, nachdem er eine Einwilligung eingeholt hat, die Datenverarbeitung auf einen anderen Erlaubnistatbestand stützen kann. Wer eine Einwilligung einholt, muss auch die Regelungen zur Einwilligung gegen sich gelten lassen.

#### 5.4 Bestimmung des Vertragszwecks

Um den Erlaubnistatbestand des bisherigen Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO zu objektivieren und zu präzisieren, wird folgende Änderung des Normtextes vorgeschlagen:

„b) die Verarbeitung ist *objektiv* für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;“

Durch die Bezugnahme auf die objektive Erforderlichkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten für die Erfüllung eines Vertrages, wird die Erlaubnis nur an die funktionale Notwendigkeit für die vereinbarte Leistung geknüpft. Es ist nicht mehr möglich, durch Vertragsformulierungen darüberhinausgehende Datenverarbeitungen zu rechtfertigen, die – wie die Information befreundeter Unternehmen oder die Information des Kunden über weitere Produkte – nicht für die Erfüllung der vertraglichen Hauptpflichten erforderlich sind. Diese Datenverarbeitungen sind nur möglich, wenn sie durch überwiegende berechtigte Interessen gerechtfertigt sind oder die betroffene Person eingewilligt hat.

### 5.5 Prüfung der Vereinbarkeit von Verarbeitungszwecken

Um bei der Prüfung der Vereinbarkeit eines alten mit einem neuen Zweck auch den Umstand gebührend zu berücksichtigen, dass es sich um personenbezogene Daten eines Kindes handelt, sollte Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 lit. d DSGVO um die Beachtung dieses Umstands ergänzt werden.

„d) die möglichen Folgen der beabsichtigten Weiterverarbeitung für die betroffenen Personen, *insbesondere wenn es sich um die personenbezogenen Daten eines Kindes handelt*;“

Durch die Ergänzung wird der Verantwortliche bei einer Zweckänderung verpflichtet, den Folgen der Weiterverarbeitung für Kinder besondere Beachtung zu schenken. Diese Pflicht ist bisher dem aktuellen Normtext allenfalls implizit zu entnehmen (über Erwägungsgrund 38 Satz 1 DSGVO) und sollte zur Stärkung der Stellung von Kindern im Datenschutz explizit in den Normtext aufgenommen werden.

### 5.6 Ausschluss der Einwilligung eines Kindes in Werbung und Profiling

Um die Wertung des Erwägungsgrundes 38 Satz 2 DSGVO in den Normtext des Art. 8 Abs. 1 DSGVO zu übernehmen,<sup>442</sup> wird die Ergänzung um einen neuen Satz 2 vorgeschlagen:

„Dies gilt nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten eines Kindes für Werbezwecke oder für die Erstellung von Persönlichkeits- oder Nutzerprofilen.“

Satz 2 wird zu Satz 3. Mit der Ergänzung wird Erwägungsgrund 38 Satz 2 DSGVO von einer Auslegungshilfe zu direkt anwendbarem Recht und stärkt damit die Rechtssicherheit.

### 5.7 Ausschluss der Einwilligung eines Kindes in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Für Kinder soll eine Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO ausgeschlossen sein, um sie in ausreichender Weise gegen das Eingehen beson-

---

442 S. Kap. 3.6.

derer Risiken zu schützen.<sup>443</sup> Hierzu wird die Ergänzung um ein Wort vorgeschlagen:

„a) Die *erwachsene* betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt, es sei denn, nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden,“

Diese Ergänzung bewirkt, dass sich niemand auf die persönliche Einwilligung eines Kindes in die besonders riskante Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten berufen kann. Die Einwilligung der Erziehungsberechtigten bleibt möglich.

### 5.8 Beschränkung der Information auf die nächstfolgende Datenverarbeitung

Um die Pflicht zur Information der betroffenen Person über die sie betreffende Datenverarbeitung erfüllen zu können, sollen immer nur die Informationen über die Datenverarbeitungen zulässig sein, die vollständig und präzise mit allen notwendigen Angaben beschrieben werden können.<sup>444</sup> Hierzu wird folgende Änderung des Normtextes in Art. 12 Abs. 1 DSGVO vorgeschlagen:

„(1) Der Verantwortliche trifft geeignete Maßnahmen, um der betroffenen Person alle Informationen gemäß den Artikeln 13 und 14 und alle Mitteilungen gemäß den Artikeln 15 bis 22 und Artikel 34, die sich auf die *aktuelle* Verarbeitung beziehen, in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln; dies gilt insbesondere für Informationen, die sich speziell an Kinder richten. Die Übermittlung der Informationen erfolgt schriftlich oder in anderer Form, gegebenenfalls auch elektronisch. Falls von der betroffenen Person verlangt, kann die Information mündlich erteilt werden, sofern die Identität der betroffenen Person in anderer Form nachgewiesen wurde.“

Die Einfügung des Wortes „aktuelle“ stellt klar, dass die Information sich auf die gegenwärtig vorgesehene Datenverarbeitung beziehen soll, für die Umfang, Zweck und Verfahren feststehen und vollständig bekannt sind.

---

443 S. Kap. 3.6.

444 S. Kap. 3.7.1.

Dadurch wird verhindert, die Informationspflicht zu erfüllen, indem auf eine Datenschutzerklärung verwiesen wird, in der alle denkbaren künftigen Datenverarbeitungen mit vagen Hinweisen auf künftige Möglichkeiten zusammengefasst sind. Künftige Änderungen in der Datenverarbeitung, die nicht bereits festgelegt sind und daher nicht präzise beschrieben werden können, müssen zu neuen, dann wiederum aktuellen, Informationen führen.

Begleitet werden sollte die Änderung durch eine Klarstellung in Erwägungsgrund 60 DSGVO, dass eine hohe Komplexität der Datenverarbeitung eine mangelhafte Information nicht entschuldigt.

### 5.9 Ausgleich zwischen Informationspflicht und Geheimnisschutz

Um beim Schutz von rechtlich anerkannten Geheimnissen und Rechten des geistigen Eigentums dennoch das höchstmögliche Maß an Informationen über die Datenverarbeitung zu geben, sollte der Verantwortliche verpflichtet werden, nach Wegen zu suchen, wie möglichst umfangreiche und genaue Informationen gegeben werden können, ohne das Geheimnis zu verletzen.<sup>445</sup> Hierzu sollte Art. 12 DSGVO um eine solche Grundregel zur praktischen Konkordanz zwischen Information und Geheimnis in einem neuen Abs. 7 ergänzt werden:

*„(7) Gefährden die der betroffenen Person bereitzustellenden Informationen die Rechte und Freiheiten anderer Personen, etwa Geschäftsgeheimnisse oder Rechte des geistigen Eigentums, so stellt der Verantwortliche unter Wahrung dieser Rechte und Freiheiten ein möglichst hohes Maß an Information sicher.“*

Die bisherigen Absätze 7 und 8 werden zu Absätzen 8 und 9. Durch die Ergänzung um eine neue Grundregel zur Auflösung des Konflikts zwischen Informationsanspruch und Geheimnisschutz gilt für alle Informationen des Verantwortlichen über die Datenverarbeitung gegenüber der betroffenen Person. Sie wird insbesondere das Informationsniveau bei automatisierter Entscheidungsfindung verbessern.

Entsprechend der Neufassung des Abs. 7 des Art. 12 DSGVO müssen die Erwägungen in Erwägungsgrund 63 Satz 5 und 6 DSGVO<sup>446</sup> der neuen Grundregel angepasst werden. Hier könnten Verweise auf angemessene

---

445 S. Kap. 3.8.2.

446 S. zu diesen Kap. 3.8.2.

Verfahren zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder Rechten des geistigen Eigentums (z.B. „Verrauschen“) angeführt werden. Auch ein Verschieben in Erwägungsgrund 58 oder 60 DSGVO bietet sich an.

### 5.10 Zeitnahe relevante Information über die Datenerhebung

Um sicherzustellen, dass der Verantwortliche der betroffenen Person jeweils „zum Zeitpunkt der Erhebung“ die damit verbundenen relevanten Informationen gibt,<sup>447</sup> sollte der Wortlaut der Eingangsworte des Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO wie folgt ergänzt werden:

„(1) Werden personenbezogene Daten bei der betroffenen Person erhoben, so teilt der Verantwortliche der betroffenen Person *jeweils* zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten Folgendes *zu dieser Erhebung* mit: ...“

(2) Zusätzlich zu den Informationen gemäß Absatz 1 stellt der Verantwortliche der betroffenen Person *jeweils* zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten folgende weitere Informationen *zu dieser Erhebung* zur Verfügung, die notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten:

Durch die Ergänzungen wird sichergestellt, dass die Information zum richtigen Zeitpunkt und damit situationsadäquat erfolgt, nämlich zum Zeitpunkt der Datenerhebung und vor einer notwendigen oder möglichen Entscheidung der betroffenen Person. Dies stärkt die Selbstbestimmung der betroffenen Person und erhöht insbesondere die Transparenz komplexer Verarbeitungsvorgänge.

### 5.11 Information über Empfänger

Um eine ausreichende Information über die Empfänger personenbezogener Daten zu bieten, die der betroffenen Person die Rechtsverfolgung erst ermöglicht, zumindest aber erheblich erleichtert,<sup>448</sup> sollte der Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 lit. e DSGVO leicht angepasst werden:

---

447 S. Kap. 3.7.3.

448 S. Kap. 3.8.

„e) gegebenenfalls die Empfänger, *soweit sie bestimmbar sind*, oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten;“

Die gleiche Änderung sollte in der wortgleichen Regelung des Art. 14 Abs. 1 lit. e DSGVO erfolgen.

Durch die Ergänzung wird der Verantwortliche verpflichtet, alle ihm bekannten Empfänger personenbezogener Daten zu benennen. Er kann sich, sofern es ihm möglich ist, einen Empfänger konkret zu benennen, nicht darauf zurückziehen, lediglich Kategorien von Empfängern zu nennen. Die Angabe von Kategorien von Empfängern ist mithin nur zulässig, wenn ein konkreter Empfänger zum Zeitpunkt der Information (noch) nicht benannt werden kann.

### 5.12 Information bei automatisierten Entscheidungsverfahren

Um den Streit über den Umfang der Informationen zu beseitigen, die ein Verantwortlicher über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung zu geben hat, sollte der Gesetzestext in Art. 13 Abs. 2 lit. f und 14 Abs. 2 lit. g DSGVO präzisiert werden.

„f/g) das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung ~~ein~~ ~~schließlich~~ ~~Profiling~~ ~~gemäß~~ ~~Artikel~~ ~~22~~ ~~Absätze~~ ~~1~~ ~~und~~ ~~4~~ und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik *einschließlich der Kriterien für die Entscheidung und ihre Gewichtung* sowie die Tragweite und die angestrebten *und möglichen rechtlichen und tatsächlichen* Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.“

Die Ergänzung stärkt die Interessen des Verbrauchers, der künftig über die bereitzustellenden Informationen einen deutlich besseren Einblick in automatisierte Entscheidungsverfahren erhält. Insbesondere soll er erkennen können, welche Kriterien wie die Entscheidung beeinflussen. Zudem erfährt er, welche Auswirkungen die Datenverarbeitung auf ihn hat. Zu Profiling wird im Folgenden eine eigene Regelung vorgeschlagen. Die Streichung von „gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4“ erfolgt, weil diese Formulierung zu der Verwirrung führen kann, dass die Informationspflicht nur gilt, wenn die Datenverarbeitung auf den Absätzen 1 und 4 beruht, nicht jedoch, wenn die Datenverarbeitung von den Absätzen 2 und 3 geregelt wird.

Ferner darf eine Arbeitsteilung im Kontext automatisierter Entscheidungen im Einzelfall nicht dazu führen, dass Informationen über dieses Ver-



fahren unterbleiben oder verkürzt werden. Daher sollten bei arbeitsteiligen automatisierten Entscheidungsverfahren die Verantwortlichen verpflichtet sein, ihre Informationen so abzustimmen, dass jeder Kooperationspartner über seinen Anteil am Verfahren samt den Schnittstellen zu allen anderen Anteilen informiert.<sup>449</sup>

### 5.13 Information über Profiling

Um bei jeder Erhebung von Daten, die auch für Profiling genutzt werden sollen, die betroffene Person ausreichend über dieses zusätzliche Risiko der Datenverarbeitung zu informieren, sollten Art. 13 Abs. 2 DSGVO um einen neuen lit. g und Art. 14 Abs. 2 DSGVO um einen gleichlautenden lit. h ergänzt werden.

*„g/h) die Verwendung der Daten für Profiling sowie dessen Umfang, Inhalt, Zielsetzung und Verwendungszweck.“*

Durch die Ergänzungen wird die Transparenz der Verarbeitung erhöht. Insbesondere soll die betroffene Person klar erkennen können, welche möglichen Spätfolgen sich aus der Verarbeitung durch Profiling ergeben können. Ein Verbraucher soll so leichter entscheiden können, ob er Profiling anstrebt oder duldet und einen Dienst auswählt, der dieser Entscheidung entspricht.

### 5.14 Informationserleichterung

Um bei Erhebung von Daten in alltäglichen Kontakten, hauptsächlich in nicht-digitalen Umfeldern, einerseits den Verantwortlichen Erleichterungen im Umgang mit betroffenen Personen zu ermöglichen, andererseits aber den betroffenen Personen, die in solchen Zusammenhängen Informationen über die Verarbeitung ihrer Daten erwarten, die notwendige Transparenz zu gewährleisten und um Missbräuche zu verhindern, schlägt die Datenschutzkonferenz eine Regelung in Art. 13 DSGVO vor,<sup>450</sup> die im Folgenden übernommen wird. Danach sollte Art. 13 DSGVO um einen neuen Abs. 5 ergänzt werden.

---

449 S. zu diesem Vorschlag Kap. 5.27.

450 Datenschutzkonferenz, Erfahrungsbericht, 2019, 8.

„(5) Die Informationen nach den Absätzen 1 und 2 werden nur auf Verlangen der betroffenen Person mitgeteilt, soweit der Verantwortliche Datenverarbeitungen vornimmt, die der Betroffene nach den konkreten Umständen erwartet oder erwarten muss und

1. sowohl die Offenlegung von Daten gegenüber anderen Stellen als auch die Übermittlung in Drittländer ausgeschlossen sind,
2. keine Daten verarbeitet werden, die unter Artikel 9 fallen,
3. die Daten nicht zu Zwecken der Direktwerbung verarbeitet werden und
4. weder Profiling noch automatisierte Entscheidungsfindungen stattfinden. Die betroffene Person ist auf diese Möglichkeit hinzuweisen.“

Durch den neuen Absatz wird ein Übermaß an unerwünschter Information vermieden, übliche, nicht digitale Kontakte von bürokratischen Anforderungen entlastet, zugleich aber riskante Datenverarbeitungen ausgeschlossen. Die kann jederzeit gewünschte Informationen anfordern.

#### 5.15 Auskunft über Empfänger

Um eine ausreichende Auskunft über die Empfänger personenbezogener Daten zu gewährleisten, die der betroffenen Person die Rechtsverfolgung erst ermöglicht, zumindest aber erheblich erleichtert,<sup>451</sup> sollte in Art. 24 Abs. 1 DSGVO ein neuer Satz 2 eine Verpflichtung zur Protokollierung der Übertragung und der Empfänger begründen und sollte der Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 lit. c DSGVO – entsprechend der Neufassung des 13 Abs. 1 lit. e DSGVO und Art. 14 Abs. 1 lit. f DSGVO – leicht angepasst werden:

„c) die Empfänger, *soweit sie bestimmbar sind*, oder Kategorien von Empfängern, gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind oder noch offengelegt werden, insbesondere bei Empfängern in Drittländern oder bei internationalen Organisationen;“

Durch die Ergänzung wird sichergestellt, dass der Verantwortliche alle ihm bekannten Empfänger mit Namen und Kontaktmöglichkeit der betroffenen Person mitteilen muss. Damit ihm die Übertragungen und die Empfänger im Regelfall bekannt sind, begründet der neue Satz 2 von

---

451 S. Kap. 3.9.

Art. 24 Abs. 1 DSGVO eine Pflicht, die Übertragungen und die Empfänger zu protokollieren.<sup>452</sup>

### 5.16 Auskunft über automatisierte Entscheidungsverfahren

Um den Streit über den Umfang der Auskunft zu beseitigen, die ein Verantwortlicher über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung zu geben hat, sollte der Gesetzestext in Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO – entsprechend der vorgeschlagenen Ergänzungen der Informationspflichten in Art. 13 Abs. 2 lit. f und 14 Abs. 2 lit. g DSGVO – präzisiert werden:

„h) das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung ~~ein~~ ~~schließlich~~ ~~Profiling~~ ~~gemäß~~ ~~Artikel~~ ~~22~~ ~~Absätze~~ ~~1~~ ~~und~~ ~~4~~ und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik *einschließlich der Kriterien für die Entscheidung und ihre Gewichtung* sowie die Tragweite und die angestrebten *und möglichen rechtlichen und tatsächlichen* Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.“

Durch die Ergänzung werden die vorgeschlagenen Änderungen der Informationspflichten<sup>453</sup> des Verantwortlichen auch auf das Auskunftsrecht erstreckt. Dies stellt Konsistenz im Gefüge der Betroffenenrechte her und schließt Schutzlücken, die entstünden, wenn die Erstreckung unterbliebe. Zu Profiling wird im Folgenden eine eigene Regelung vorgeschlagen. Die Streichung von „gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4“ erfolgt auch hier, weil diese Formulierung zu der Verwirrung führen kann, dass die Informationspflicht nur gilt, wenn die Datenverarbeitung auf den Abs. 1 und 4 beruht, nicht jedoch, wenn die Datenverarbeitung von den Abs. 2 und 3 geregelt wird.

### 5.17 Auskunft über Profiling

Um bei jeder Verarbeitung von Daten, die für Profiling genutzt werden, der betroffenen Person ein diesem zusätzlichen Risiko ausreichendes Auskunftsrecht zu geben, sollte Art. 15 Abs. 1 DSGVO – vergleichbar zur In-

---

452 S. Kap. 5.22.

453 S. Kap. 5.12.

formationspflicht nach Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 DSGVO um einen lit. i ergänzt werden.

„i) *die Verwendung der Daten für Profiling sowie dessen Umfang, Inhalt, Zielsetzung und Verwendungszweck.*“

Durch die Ergänzung wird zu den vorgeschlagenen Regelungen in Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 DSGVO<sup>454</sup> ein Komplementär im Auskunftsrecht geschaffen. Auch hier geht es darum, Konsistenz herzustellen und das Entstehen von Schutzlücken zu vermeiden.

### 5.18 *Recht auf eine Kopie*

Um die meisten Streitfragen um das Recht auf eine Kopie nach Art. 15 Abs. 3 DSGVO zu beseitigen, sollte die Regelung neu gefasst werden:

„Der Verantwortliche stellt *auf Antrag der betroffenen Person* eine Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind *und in einem Datensatz zusammengefasst sind oder zusammengefasst werden können*, zur Verfügung. Für alle weiteren Kopien, die die betroffene Person beantragt, kann der Verantwortliche ein angemessenes Entgelt auf der Grundlage der Verwaltungskosten verlangen. Stellt die betroffene Person den Antrag elektronisch, so sind die Informationen in einem gängigen elektronischen Format zur Verfügung zu stellen, sofern sie nichts anderes angibt.“

Durch die Ergänzung wird bezogen auf das Recht auf Kopie Rechtsklarheit geschaffen. Das Recht auf Kopie wird dadurch für die Praxis handhabbar gemacht. Der Zusatz „auf Antrag der betroffenen Person“ erlaubt es, einerseits der betroffenen Person bei Wahrnehmung des Rechts auf Auskunft besser zu skalieren, andererseits erleichtert es dem Verantwortlichen seinen Pflichten nachzukommen, indem ihm klar signalisiert wird, was die betroffene Person von ihm erwartet. Der Zusatz „und in einem Datensatz zusammengefasst sind oder zusammengefasst werden können“ konzentriert den Anspruch auf die Gegenstände der Datenverarbeitung, die sich gezielt mit der betroffenen Person befassen oder einer Befassung zugrunde liegen können.

---

454 S. Kap. 5.13.

## 5.19 Recht auf Datenübertragung

Die Vorschrift des Art. 20 Abs. 1 DSGVO sollte an mehreren Stellen präzisiert oder um wichtige Festlegungen ergänzt werden, um ihre Umsetzung in der Praxis zu ermöglichen. Ihr Anwendungsbereich sollte auf alle von der betroffenen Person verursachten Daten ausgeweitet werden. Zum Format, in dem die Daten zu übergeben sind, sollte klargestellt werden, dass es interoperabel sein muss. Die Anforderungen an die Interoperabilität sollte der Europäische Datenschutzausschuss festlegen. Außerdem sollte der Verantwortliche verpflichtet werden, die Daten in der jeweiligen Landessprache des Mitgliedstaates oder in englischer Sprache bereitzustellen. Das Recht auf Datenübertragung sollte auch dann gelten, wenn die Einwilligung oder der Vertrag nicht mehr bestehen, die Daten aber während des Bestehens der Einwilligung oder des Vertrags vom Verantwortlichen erhoben worden sind.<sup>455</sup> Um diese Änderungen umzusetzen, sollte Art. 20 Abs. 1 DSGVO angepasst und um einen neuen Satz 2 ergänzt werden.

## Artikel 20

## Recht auf Datenübertragbarkeit

„(1) Die betroffene Person hat das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die deren Erhebung sie bei einem Verantwortlichen *sie verursacht* bereitgestellt hat, in einem *strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren interoperablen* Format und in der jeweiligen Landessprache des Mitgliedstaates der betroffenen Person oder in englischer Sprache zu erhalten, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln, sofern

- a) die Verarbeitung auf einer Einwilligung gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a oder Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a oder auf einem Vertrag gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b beruht *oder beruhte* und
- b) die Verarbeitung mithilfe automatisierter Verfahren erfolgt.

*Die Bedingungen für die Interoperabilität der Formate bestimmt der Europäische Datenschutzausschuss.“*

Die Bezeichnung des Rechts auf „Übertragbarkeit“ suggeriert ein Recht auf eine doppelte Potentialität: Sowohl die Endung „bar“ als auch die Endung „keit“ bezeichnen nur die Möglichkeit. Das Recht auf eine Möglichkeit der Übertragung hilft der betroffenen Person jedoch nicht weiter,

---

455 S. Kap. 3.10.

wenn sie über die Möglichkeit hinaus auch eine tatsächliche Übertragung durchsetzen will. Daher sollte die Überschrift korrigiert werden. Das Ziel der Ausweitung des Anwendungsbereichs des Rechts auf Datenübertragung wird durch eine Ersetzung des Begriffs „bereitgestellt“ durch „verursacht“ erreicht. Der Streit um die unbestimmten Rechtsbegriffe „strukturiertes gängiges und maschinenlesbares Format“ und „technisch machbar“ wird durch eine Streichung dieser Begriffe aus der Norm beigelegt. Sie gehen in der Forderung eines interoperablen Formats auf. Die Präzisierung der Bedingungen für die Interoperabilität wird dem Europäischen Datenschutzausschuss auferlegt. Damit wird einerseits sichergestellt, dass eine (notwendige) Präzisierung tatsächlich erfolgt, andererseits kann so bei der Präzisierung ein Detailgrad erreicht werden, der im Normtext oder in den Erwägungsgründen nicht möglich ist.

### 5.20 Schutz von Kindern im Rahmen eines Widerspruchs

Um bei der Prüfung eines Widerspruchs nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO den Umstand gebührend zu berücksichtigen, dass es sich um personenbezogene Daten eines Kindes handelt, sollte diese Vorschrift entsprechend ergänzt werden.

„(1) Die betroffene Person hat das Recht, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, *insbesondere wenn es sich um die personenbezogenen Daten eines Kindes handelt*, jederzeit gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten, die aufgrund von Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben e oder f erfolgt, Widerspruch einzulegen; dies gilt auch für ein auf diese Bestimmungen gestütztes Profiling. Der Verantwortliche verarbeitet die personenbezogenen Daten nicht mehr, es sei denn, er kann zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen, oder die Verarbeitung dient der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen.“

Durch die Ergänzung erfolgt eine Erwägungsgrund 38 Satz 1 DSGVO entsprechende Stärkung von Kindern bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, indem eine Klarstellung zum Begriff „ihrer besonderen Situation“ direkt im Normtext stattfindet.

### 5.21 Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall

Das in Art. 22 DSGVO normierte Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, erfordert mehrere Anpassungen des Normtextes.<sup>456</sup> Zum einen ist das Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall weiter zu fassen.<sup>457</sup> Zum anderen sollte nicht der Verantwortliche oder ein Dritter rechtfertigend festlegen können, dass die automatisierte Entscheidung im Einzelfall erforderlich ist. Es genügt, wenn der Verantwortliche die betroffene Person um ihre Einwilligung nach Abs. 2 lit. c bitten kann. Drittens sollte neben der Auskunftspflicht festgelegt werden, dass die Entscheidungsgründe der betroffenen Person erläutert werden. Schließlich sollte in Abs. 2 lit. c zum Schutz der Kinder die Einwilligung eines Kindes ausgeschlossen werden. Schließlich sollten qualitative Anforderungen an eine auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung aufgenommen werden. Diese Anpassungen des Art. 22 DSGVO könnten in folgender Weise erfolgen:

„(1) Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ~~ausschließlich~~ auf einer automatisierten Verarbeitung — einschließlich Profiling — beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ~~ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet~~ oder sie in ~~ähnlicher~~ *erheblicher* Weise ~~erheblich~~ beeinträchtigt.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Entscheidung

a) ~~für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist,~~

*aB*) 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 oder

*be*) mit ausdrücklicher Einwilligung der *erwachsenen* betroffenen Person erfolgt.

(3) In den in Absatz 2 ~~Buchstaben a und c~~ genannten Fällen trifft der Verantwortliche angemessene Maßnahmen, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu

---

456 S. hierzu Kap. 3.11 und 4.3.

457 Zu dem die automatisierte Entscheidung vorbereitenden Profiling s. Kap. 3.12 und 4.3.

wahren, wozu mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts, ~~und~~ auf Anfechtung der Entscheidung *und die Erläuterung der Entscheidungsgründe* gehört.

*(4) Die Erstellung eines Wahrscheinlichkeitswerts über ein bestimmtes zukünftiges Verhalten einer natürlichen Person zum Zweck einer auf einer automatisierten Verarbeitung — einschließlich Profiling — beruhenden Entscheidung ist nur zulässig, wenn die zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts genutzten Daten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind.“*

Abs. 4 wird zu Abs. 5. Durch die Anpassungen in Abs. 1 wird die doppelte Einschränkung des Rechts aus Art. 22 Abs. 1 DSGVO zurückgenommen. Die Ausweitung (Streichung von „ausschließlich“) und die Absenkung der Schwelle (erhebliche Beeinträchtigung anstelle von rechtlicher Wirkung oder Ähnlichem) haben zur Folge, dass zahlreiche bislang nicht erfasste Grundrechtsbeeinträchtigungen von Verbrauchern eingeschlossen werden. Dadurch wird deren Stellung im Datenschutzrecht verbessert und der Unionsgesetzgeber kann seinen grundrechtlichen Schutzpflichten gerecht werden. Erfasst ist nun auch die durch eine automatisierte Verarbeitung vorbereitete Entscheidung. Dies bedeutet, dass die betroffene Person nicht mehr einer automatisiert vorbereiteten Entscheidung ausgeliefert ist, die der menschliche Entscheider im Regelfall unesehen übernimmt, ohne dass die betroffene Person eine Möglichkeit hat, ihren Standpunkt vor der Entscheidung vorzutragen.

Die Streichung in Abs. 2 bewirkt letztlich einen Abbau von Machtasymmetrien zwischen Anbieter und Verbraucher und schließt Schutzlücken der Verordnung. Wird Abs. 2 lit. a gestrichen, so ist es nicht länger möglich, dass der Verantwortliche oder ein Dritter einseitig die Erforderlichkeit einer automatisierten Entscheidung im Kontext eines Vertrages erklärt.

Diese Ergänzung von Abs. 2 lit. b („erwachsene“) bewirkt, dass sich niemand auf die persönliche Einwilligung eines Kindes in die besonders riskante automatisierte Entscheidung berufen kann. Die Einwilligung der Erziehungsberechtigten bleibt möglich. Die Ergänzung ist im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO zu sehen und greift die Wertung von Erwägungsgrund 71 Satz 5 DSGVO auf.

Die Ergänzung des Ab. 3 bewirkt, dass im Fall einer Reklamation der Verantwortliche zusätzliche Transparenzpflichten hat. Er muss der betrof-



fenen Person die wesentlichen Gründe der automatisiert getroffenen Entscheidung und deren Auswirkungen erläutern.

Die Einfügung des neuen Abs. 4 hat zur Folge, dass qualitative Anforderungen an automatisierte Entscheidungsfindungen festgesetzt werden. Der neue Abs. 4 greift die Erwägungen aus Erwägungsgrund 71 DSGVO auf und orientiert sich in seinem Wortlaut und Normzweck an § 31 Abs. 1 BDSG, ist jedoch nicht wie diese Vorschrift auf Scoring und Bonitätsauskünfte beschränkt.

### 5.22 Protokollierung der Datenübertragungen und der Empfänger

Um bei einer Auskunft der betroffenen Person die Empfänger ihrer personenbezogenen Daten mitteilen zu können, wird der Verantwortliche verpflichtet, die Empfänger und die ihnen übertragenen Daten zu protokollieren. Für die Begründung dieser Verpflichtung ist eine Ergänzung des Art. 24 Abs. 1 DSGVO um einen neuen Satz 2 erforderlich:

„(1) Der Verantwortliche setzt unter Berücksichtigung der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen um, um sicherzustellen und den Nachweis dafür erbringen zu können, dass die Verarbeitung gemäß dieser Verordnung erfolgt. *Er protokolliert die Übertragungen personenbezogener Daten an Dritte und deren Empfänger.* Diese Maßnahmen werden erforderlichenfalls überprüft und aktualisiert.“

Der bisherige Satz 2 wird zum neuen Satz 3. Durch die Ergänzung um den neuen Satz 2 werden die Dokumentationspflichten des Verantwortlichen um einen zur Herstellung von Transparenz äußerst relevanten Faktor erweitert. Eine effektive Rechtedurchsetzung der betroffenen Person gegenüber den Empfängern wird auf Grundlage eine Protokollierung von Übertragungen personenbezogener Daten überhaupt erst ermöglicht.

### 5.23 Nichtabdinbarkeit der Rechte der betroffenen Person

Um bei die Rechte der betroffenen Person gegen rechtsgeschäftliche Einschränkungen oder Ausschluss zu schützen, sollte ihre Nichtabdinbarkeit ausdrücklich festgehalten werden. Eine solche Regelung kann an § 6 Abs. 1

BDSG-alt anknüpfen. Sie sollte als neuer Abs. 3 in Art. 23 DSGVO aufgenommen werden:

*„(3) Die Rechte der betroffenen Person auf Auskunft (Artikel 15), Berichtigung (Artikel 16), Löschung (Artikel 17), Einschränkung (Artikel 18), Datenübertragung (Artikel 20) oder Widerspruch (Artikel 21) können nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.“*

Durch die Ergänzung um den neuen Absatz 3 wird verhindert, dass Verantwortliche ihre ökonomische Macht dazu missbrauchen, die zugunsten ihrer Datenverarbeitung die Rechte der betroffenen Person einzuschränken oder auszuschließen. Dadurch wird die Aufgabe der Datenschutz-Grundverordnung akzentuiert, die Grundrechte und Freiten der betroffenen Person zu schützen.

#### 5.24 Pflichten für Hersteller

Da die Verantwortlichen ihre datenschutzrechtlichen Pflichten nach Art. 24 ff. DSGVO in vielen Fällen nicht einhalten können, ohne dass die Hersteller von IT-Produkten und Programmen sie dabei unterstützen, ist es notwendig, für sie eigenständige datenschutzrechtliche Pflichten zu begründen und diese mit den Pflichten der Verantwortlichen zusammenzuführen. Hierzu schlägt die Datenschutzkonferenz vor, den Begriff der Hersteller im Rahmen von Art. 4 DSGVO in einer neuen Nr. 27 in Übereinstimmung mit dem Produkthaftungsrecht der Europäischen Union zu definieren und in Art. 24 DSGVO spezifische datenschutzrechtliche Pflichten des Herstellers zu begründen.<sup>458</sup> Dieser Vorschlag wird im Folgenden übernommen.

Danach sollte Art. 4 DSGVO um eine neue Nr. 27 ergänzt werden, die wie folgt lautet:

*„27. ‚Hersteller‘ den Hersteller im Sinne von Artikel 3 der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte. Nr. 16 Buchstabe a gilt entsprechend. Soweit er über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet, ist der Hersteller auch Verantwortlicher im Sinne der Nr. 7.“*

---

458 Datenschutzkonferenz, Erfahrungsbericht, 2019, 16 f.

Für Kapitel IV DSGVO sollte die Überschrift lauten:

„Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter, *Hersteller*“

und Art. 24 DSGVO die ergänzte Überschrift erhalten:

„Verantwortung des für die Verarbeitung Verantwortlichen *und des Herstellers*“.

Außerdem sollte Art. 24 DSGVO um einen neuen Abs. 4 ergänzt werden:

*„(4) Der Hersteller entwickelt und gestaltet seine Produkte, Dienste und Anwendungen unter Berücksichtigung des Rechts auf Datenschutz und des Standes der Technik so, dass er sicherstellt, dass Verantwortliche und Auftragsverarbeiter in der Lage sind, ihren Datenschutzpflichten nachzukommen, ohne unzumutbare Änderungen an diesen Produkten, Diensten und Anwendungen vornehmen zu müssen. Er unterstützt sie bei der Erstellung des Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten (Art. 30), bei der Meldung einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten (Art. 33) und bei der Benachrichtigung betroffener Personen (Art. 34), indem er ihnen auf Anfrage alle dazu notwendigen Informationen bereitstellt.“*

Der Verweis der neuen Nr. 27 in Art. 4 DSGVO stellt sicher, dass im Datenschutzrecht der gleiche Begriff des Herstellers benutzt wird wie in der Produkthaftungsrichtlinie. Dadurch kann auch auf die Rechtsprechung und Literatur im Produkthaftungsrecht rekurriert werden und es entsteht eine klare Abgrenzung der Adressaten der Herstellerpflichten im Datenschutzrecht.

Der neue Absatz in Art. 24 DSGVO stellt grundsätzlich klar, dass sich aus den Pflichten des Verantwortlichen, der Informationstechnik des Herstellers anwendet, originäre Unterstützungspflichten des Herstellers entstehen. Dadurch wird die Umsetzung der Pflichten des Verantwortlichen und der Durchsetzung des Grundrechts auf Datenschutz nach Art. 8 GRCh in der Praxis erst durchgängig ermöglicht. Auch werden die vielen Anwender der Informationstechnik in ihrer Rolle als Verantwortliche entlastet und der Aufwand dort verursacht, wo die Gestaltungskompetenz und damit auch die Erfüllungsverantwortung besteht.

Diese Verpflichtung des Herstellers greift die Datenschutzkonferenz für den Fall, dass sie nicht erfüllt wird, in Änderungsvorschlägen zum Recht

auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf in Art. 79 DSGVO<sup>459</sup> und in der Regelung zum Schadensersatz in Art. 82 DSGVO<sup>460</sup> wieder auf.

Der neue Abs. 4 verweist auf die Erfüllung aller Datenschutzpflichten des Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter, die durch den Hersteller ermöglicht werden muss. Dies gilt für alle Pflichten, auch für die Pflicht zur Umsetzung aller Rechte der betroffenen Person und insbesondere für die technikbezogenen Pflichten des Datenschutzes durch Systemgestaltung und durch Voreinstellungen nach Art. 25 DSGVO und der Gewährleistung ausreichender Sicherheitsmaßnahmen nach Art. 32 DSGVO.

### 5.25 Datenschutz durch Systemgestaltung

Auch wenn in Art. 24 Abs. 4 DSGVO-neu Hersteller als Adressaten der Pflicht zu einer datenschutzgerechten Systemgestaltung unbenannt mit gemeint sind, könnte ein rechtspolitisches Bedürfnis entstehen, in den Text des Art. 25 Abs. 1 DSGVO die Hersteller explizit als Adressaten mit aufzunehmen.<sup>461</sup> Zu diesem Zweck und auch für den Fall, dass die vorgeschlagene Ergänzung des Art. 24 DSGVO um Abs. 4 nicht umgesetzt wird, wird im Folgenden eine Ergänzung des Art. 25 Abs. 1 DSGVO vorgeschlagen. Um bei der datenschutzgerechten Systemgestaltung die besonderen Risiken für Kinder gebührend zu berücksichtigen,<sup>462</sup> sollte Art. 25 Abs. 1 DSGVO um die Beachtung dieses Umstands ergänzt werden:

„(1) Unter Berücksichtigung des Stands der Technik, der Implementierungskosten und der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der mit der Verarbeitung verbundenen Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen, *insbesondere für Kinder*, trifft der Verantwortliche *und der Hersteller von Datenverarbeitungssystemen* sowohl zum Zeitpunkt der Festlegung der Mittel für die Verarbeitung als auch zum Zeitpunkt der eigentlichen Verarbeitung geeignete technische und organisatorische Maßnahmen — wie z. B. Pseudonymisierung —, die dafür ausgelegt sind, die Datenschutzgrundsätze wie etwa Datenminimierung wirksam umzusetzen und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen, um den

---

459 S. hierzu Kap. 5.30.

460 S. hierzu Kap. 5.31.

461 S. Kap. 3.14.2 und 4.4.

462 S. Kap. 3.6.

Anforderungen dieser Verordnung zu genügen und die Rechte der betroffenen Personen zu schützen.“

Die Ergänzung führt dazu, dass den Rechten und Freiheiten von Kindern im Kontext der Systemgestaltung besondere Beachtung garantiert wird. Dabei hat die Ergänzung im Wesentlichen eine klarstellende Funktion, die jedoch vor dem Hintergrund einer unzureichenden Berücksichtigung von Kindern bei der Systemgestaltung in der Vergangenheit notwendig wird.

Weitere risiko- und anwendungsspezifische Konkretisierungen der Vorschrift sind notwendig und werden im Zusammenhang einer risikoorientierten Überarbeitung der Verordnung diskutiert.<sup>463</sup>

### 5.26 Datenschutz durch Voreinstellungen

Um die Effektivität der Pflicht zu datenschutzfreundlichen Voreinstellungen nach Art. 25 Abs. 2 DSGVO zu erhöhen und die datenschutzunfreundlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Verantwortlichen einzuschränken, soll, statt die Voreinstellung auf einen frei bestimmbaren Zweck hin auszurichten, gefordert werden, dass die Voreinstellung sich daran ausrichtet, welche Ausprägung der technischen Funktion notwendig ist, um die Hauptleistung für die betroffene Person zu erbringen.<sup>464</sup> Hierfür ist ein neuer Satz 2 in den Normtext einzufügen. Die bisherigen Sätze 2 und 3 werden Sätze 3 und 4. Um bei der datenschutzfreundlichen Voreinstellung die besonderen Risiken für Kinder gebührend zu berücksichtigen,<sup>465</sup> sollte Art. 25 Abs. 2 DSGVO außerdem in einem neuen Satz 5 um die Beachtung dieses Umstands ergänzt werden:

„(2) Der Verantwortliche trifft geeignete technische und organisatorische Maßnahmen, die sicherstellen, dass durch Voreinstellung nur personenbezogene Daten, deren Verarbeitung für den jeweiligen bestimmten Verarbeitungszweck erforderlich ist. *Zu berücksichtigen ist die Ausprägung des Verarbeitungszwecks, nach der so wenig personenbezogene Daten wie möglich verarbeitet werden.* Diese Verpflichtung gilt für die Menge der erhobenen personenbezogenen Daten, den Umfang ihrer Verarbeitung, ihre Speicherfrist und ihre Zugänglichkeit. Solche Maßnahmen müssen insbesondere sicherstellen, dass personenbezogene

---

463 S. Kap. 6.3.1.

464 S. Kap. 3.16.

465 S. Kap. 3.6.

Daten durch Voreinstellungen nicht ohne Eingreifen der Person einer unbestimmten Zahl von natürlichen Personen zugänglich gemacht werden. *Die Voreinstellungen berücksichtigen insbesondere die Schutzbedürftigkeit von Kindern.*“

Der neue Satz 2 hat zur Folge, dass neben dem Grundsatz der Datenminimierung (Satz 1) auch der Grundsatz der Datenvermeidung zu einem wesentlichen Faktor bei der Gestaltung und Auswahl von Voreinstellungen erhoben wird. Anknüpfungspunkt wird die funktionale Notwendigkeit einer bestimmten Voreinstellung beispielsweise zur Erfüllung einer vertraglich vereinbarten Leistung. Relevant wird damit neben der subjektiven Erforderlichkeit für den letztlich vom Verantwortlichen diktierten Zweck auch die objektive Erforderlichkeit.

Die Ergänzung um einen neuen Satz 5 bewirkt ebenso wie die Ergänzung von Art. 25 Abs. 1 DSGVO durch die explizite Erwähnung der Schutzbedürftigkeit von Kindern im Normtext eine Stärkung der Rechte und Freiheiten von Kindern und hat gleichfalls klarstellende Wirkung.

### 5.27 Informationspflichten bei gemeinsamer Verantwortlichkeit

Um sicherzustellen, dass bei gemeinsamer Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung die lückenlose Information, die die gemeinsam Verantwortlichen der betroffenen Person bieten müssen, auch tatsächlich erbracht wird, sollte im Text des Art. 26 Abs. 1 Satz 2 DSGVO ausdrücklich festgehalten werden, dass die Verantwortlichen verpflichtet sind, ihre Informationen so abzustimmen, dass eine lückenlose Information der betroffenen Person gewährleistet ist:

„(1) Legen zwei oder mehr Verantwortliche gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung fest, so sind sie gemeinsam Verantwortliche. Sie legen in einer Vereinbarung in transparenter Form fest, wer von ihnen welche Verpflichtung gemäß dieser Verordnung erfüllt, insbesondere was die Wahrnehmung der Rechte der betroffenen Person angeht, und wer welchen Informationspflichten gemäß den Artikeln 13 und 14 nachkommt, *um eine lückenlose Information der betroffenen Person zu gewährleisten*, sofern und soweit die jeweiligen Aufgaben der Verantwortlichen nicht durch Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen die Verantwortlichen unterliegen, festgelegt sind. In der Vereinbarung kann eine Anlaufstelle für die betroffenen Personen angegeben werden.“

Durch die Ergänzung wird das Maß der Koordination der gemeinsam Verantwortlichen präzisiert: Sie müssen so zusammenarbeiten, dass durch ihre jeweiligen Informationen keine Informationslücken bei der betroffenen Person entstehen können. Außerdem wird sichergestellt, dass alle gemeinsam Verantwortlichen auch im Sinn des Art. 83 Abs. 5 lit. b DSGVO für die Erfüllung dieser Anforderung haften. Sie können bei unvollständiger Information oder bei Ausbleiben der Information effektiv sanktioniert werden.

#### 5.28 Berücksichtigung der Risiken eines Kindes in der Datenschutz-Folgenabschätzung

Um bei jeder Datenschutz-Folgenabschätzung den Umstand gebührend zu berücksichtigen, dass personenbezogene Daten von Kindern verarbeitet werden, sollte Art. 35 Abs. 1 und 7 DSGVO um die Beachtung dieses Umstands ergänzt werden:

„(1) Hat eine Form der Verarbeitung, insbesondere bei Verwendung neuer Technologien, aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung, *insbesondere durch die Verarbeitung personenbezogener Daten eines Kindes*, voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge, so führt der Verantwortliche vorab eine Abschätzung der Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten durch. Für die Untersuchung mehrerer ähnlicher Verarbeitungsvorgänge mit ähnlich hohen Risiken kann eine einzige Abschätzung vorgenommen werden.“

(7) Die Folgenabschätzung enthält zumindest Folgendes:

- a) eine systematische Beschreibung der geplanten Verarbeitungsvorgänge und der Zwecke der Verarbeitung, gegebenenfalls einschließlich der von dem Verantwortlichen verfolgten berechtigten Interessen;
- b) eine Bewertung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Verarbeitungsvorgänge in Bezug auf den Zweck;
- c) eine Bewertung der Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen gemäß Absatz 1, *die in besonderer Weise berücksichtigt, wenn es sich um die personenbezogenen Daten eines Kindes handelt*, und
- d) die zur Bewältigung der Risiken geplanten Abhilfemaßnahmen, einschließlich Garantien, Sicherheitsvorkehrungen und Verfahren, durch die der Schutz personenbezogener Daten sichergestellt und der

Nachweis dafür erbracht wird, dass diese Verordnung eingehalten wird, wobei den Rechten und berechtigten Interessen der betroffenen Personen und sonstiger Betroffener, *insbesondere von Kindern*, Rechnung getragen wird.“

Durch die Ergänzung werden die Vorschläge zur Ergänzung von Art. 21, 25 und 34 DSGVO konsequent fortgeführt und auch auf die Datenschutz-Folgenabschätzung erstreckt. Ziel ist auch hier eine Stärkung der Rechte und Freiheiten von Kindern, indem sichergestellt wird, dass diese durch die explizite Adressierung von Kindern im Normtext tatsächlich Beachtung des Verantwortlichen finden. Die Ergänzungen in Art. 35 DSGVO gehen indes über bloße Klarstellungen hinaus und etablieren konkrete Pflichten bei der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung zur besonderen Berücksichtigung von Kindern, die sich sowohl auf die Risikoanalyse als auch auf die Festlegung von Schutzmaßnahmen erstrecken.

#### 5.29 Befugnisse der Aufsichtsbehörden gegenüber Herstellern

Um auch gegenüber Herstellern die Einhaltung ihrer Pflichten durchsetzen zu können, benötigen die Aufsichtsbehörden Befugnisse, um ihnen gegenüber, die bisher nicht erwähnt werden, wirksame Maßnahmen anordnen zu können. Eine solche Regelung fehlt im Vorschlag der Datenschutzkonferenz.<sup>466</sup> Daher wird im Folgenden die Intention der Datenschutzkonferenz vollendet und eine ihren Vorschlag ergänzende Formulierung empfohlen. Für diesen Zweck dürfte es ausreichen, in den Befugnisregelungen in Art. 58 Abs. 1 lit. a und d sowie Abs. 2 lit. a, b und d DSGVO die Hersteller mit aufzunehmen diese Regelungen wie folgt zu ergänzen:

„(1) Jede Aufsichtsbehörde verfügt über sämtliche folgenden Untersuchungsbefugnisse, die es ihr gestatten,  
a) den Verantwortlichen, den Auftragsverarbeiter, ~~und~~ gegebenenfalls den Vertreter des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters *und den Hersteller* anzuweisen, alle Informationen bereitzustellen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind, ...

---

466 Datenschutzkonferenz, Erfahrungsbericht, 2019, 16f.; dagegen empfiehlt Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Evaluierung, 2019, 11, eine solche Regelung.



d) den Verantwortlichen, ~~oder~~ den Auftragsverarbeiter *oder den Hersteller* auf einen vermeintlichen Verstoß gegen diese Verordnung hinzuweisen, ...

(2) Jede Aufsichtsbehörde verfügt über sämtliche folgenden Abhilfebefugnisse, die es ihr gestatten,

a) einen Verantwortlichen, ~~oder~~ einen Auftragsverarbeiter *oder einen Hersteller* zu warnen, dass beabsichtigte Verarbeitungsvorgänge voraussichtlich gegen diese Verordnung verstoßen,

b) einen Verantwortlichen, ~~oder~~ einen Auftragsverarbeiter *oder einen Hersteller* zu verwarnen, wenn er mit Verarbeitungsvorgängen gegen diese Verordnung verstoßen hat,

d) den Verantwortlichen, ~~oder~~ den Auftragsverarbeiter *oder den Hersteller* anzuweisen, Verarbeitungsvorgänge gegebenenfalls auf bestimmte Weise und innerhalb eines bestimmten Zeitraums in Einklang mit dieser Verordnung zu bringen, ... .“

Diese Ergänzungen sind für eine effektive Durchsetzung der Pflichten des Herstellers nach Art. 24 und 25 DSGVO-neu<sup>467</sup> erforderlich. Sie sind die notwendige Konsequenz einer ernst gemeinten Verpflichtung der Hersteller zur Erfüllung eigener datenschutzrechtlicher Pflichten. Andererseits dürften die fünf genannten Befugnisse aber auch ausreichen, um – zusammen mit einer Sanktionsmöglichkeit<sup>468</sup> und den Handlungsmöglichkeiten der betroffenen Person<sup>469</sup> – genügend Anreize für die Hersteller zur Erfüllung ihrer Pflichten zu setzen.

### 5.30 Neue Aufgaben für den Europäischen Datenschutzausschuss

Die bisher vorgeschlagenen Änderungen der Datenschutz-Grundverordnung begründen drei zusätzliche Aufgaben des Europäischen Datenschutzausschusses.<sup>470</sup> Diese sollten in die Liste der Aufgaben des Ausschusses in Art. 70 Abs. 1 DSGVO mit aufgenommen werden. Hierbei können die Aufgaben zur Präzisierung der Pflicht zu einer datenschutzgerechten Systemgestaltung nach Art. 25 Abs. 1 DSGVO und der Pflicht zur datenschutzfreundlichen Voreinstellung nach Art. 25 Abs. 2 DSGVO zu einer

---

467 S. Kap. 5.24 und 5.25.

468 S. Kap. 5.33.

469 S. Kap. 5.31 und 5.32.

470 S. Kap. 4.5.

Aufgabe zusammengezogen werden. Im Text der Norm bieten sich Ergänzungen um einen Buchstaben ea und fa an:

„(ea) Bereitstellung von Leitlinien, Empfehlungen und bewährten Verfahren gemäß Buchstabe e des vorliegenden Absatzes zur näheren Bestimmung der interoperablen Formate für eine Übertragung von Daten gemäß Artikel 20 Absatz 1 und 2;“

„(fa) Bereitstellung von Leitlinien, Empfehlungen und bewährten Verfahren gemäß Buchstabe e des vorliegenden Absatzes zur näheren technik- und bereichsspezifischen Bestimmung der Pflicht zu Datenschutz durch Systemgestaltung gemäß Artikel 25 Absatz 1 und durch Voreinstellungen gemäß Artikel 25 Absatz 2;“

Diese Ergänzungen stellen Kohärenz innerhalb der Verordnung sicher und gewährleisten, dass der Ausschuss auch bezogen auf die vorgeschlagenen Änderungen zusätzliche Präzisierungen vornimmt und Empfehlungen zur konkreten Ausgestaltung abgibt.

### 5.31 Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Hersteller

Um die Integration der Hersteller in die datenschutzrechtlichen Pflichten des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters<sup>471</sup> zu vollenden und in der Praxis wirksam werden zu lassen, schlägt die Datenschutzkonferenz vor, das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf in Art. 79 DSGVO auf den Hersteller und seine Pflichten nach Art. 24 und 25 DSGVO neu zu erstrecken.<sup>472</sup> Dieser Vorschlag wird im Folgenden übernommen.

Hierzu sollte Art. 79 Abs. 2 DSGVO um die Einfügung des Herstellers als möglicher Gegner des Rechtsbehelfs ergänzt werden:

„(2) Für Klagen gegen einen Verantwortlichen, ~~oder~~ gegen einen Auftragsverarbeiter *oder gegen einen Hersteller* sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem der *Hersteller*, Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter eine Niederlassung hat. Wahlweise können solche Klagen auch bei den Gerichten des Mitgliedstaats erhoben werden, in dem die betroffene Person ihren Aufenthaltsort hat, es sei denn, es handelt sich bei dem Verantwortlichen, ~~oder~~ dem Auftragsverarbeiter

---

471 S. hierzu Kap. 5.24.

472 Datenschutzkonferenz, Erfahrungsbericht, 2019, 16 f.

*oder dem Hersteller um eine Behörde eines Mitgliedstaats, die in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse tätig geworden ist.“*

Diese Ergänzungen in Art. 79 Abs. 2 DSGVO bewirken, dass die betroffene Person die Erfüllung datenschutzrechtlicher Pflichten auch vom Hersteller gerichtlich einfordern kann. Sie wird sich im Regelfall zuerst an den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter wenden. Wenn diese sich nicht in Lage sehen, die berechtigte Forderung der betroffenen Person zu erfüllen, weil ihnen dies technisch unmöglich ist, so kann die betroffene Person die datenschutzgerechte Systemgestaltung nach Art. 25 Abs. 1 DSGVO-neu<sup>473</sup> oder eine sonstige Unterstützungsleistung nach Art. 24 Abs. 4 DSGVO-neu<sup>474</sup> vom Hersteller gerichtlich einfordern. Diese Möglichkeit wird die effektive Durchsetzung des Datenschutzrechts erheblich unterstützen.

### 5.32 Recht auf Schadensersatz gegen Hersteller

Die Datenschutzkonferenz schlägt außerdem vor, die Regelungen zur Haftung und zum Schadensersatz in Art. 82 DSGVO auf den Hersteller und seine Pflichten nach Art. 24 und 25 DSGVO-neu zu erstrecken.<sup>475</sup> Sie will damit erreichen, dass die Integration der Hersteller in die datenschutzrechtlichen Pflichten des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters<sup>476</sup> gelingt und in der Praxis wirksam umgesetzt werden kann. Dieser Vorschlag wird im Folgenden übernommen.

Hierzu sollte Art. 82 DSGVO um einen zusätzlichen Absatz 7 ergänzt werden:

*„(7) Beruht der Schaden ganz oder teilweise auf Handlungen oder Versäumnissen des Herstellers, so haftet dieser gegenüber der betroffenen Person neben dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter. Er haftet auch gegenüber dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter.“*

Dieser zusätzliche Absatz bewirkt, dass eine betroffene Person, die durch eine Verletzung der datenschutzrechtlichen Pflichten des Herstellers nach Art. 24 Abs. 4 und 25 Abs. 1 DSGVO-neu<sup>477</sup> einen Schaden erlitten hat,

---

473 S. Kap. 5.25.

474 S. Kap. 5.24.

475 Datenschutzkonferenz, Erfahrungsbericht, 2019, 16 f.

476 S. hierzu Kap. 5.24.

477 S. Kap. 5.24 und 5.25.

diesen auch gegenüber dem Hersteller geltend machen kann. Dies sorgt nicht nur für einen gerechten Ausgleich zwischen Schadensverursachung und Schadensausgleich, sondern trägt dazu bei, dass Hersteller ihre datenschutzrechtlichen Pflichten auch tatsächlich erfüllen. Der Haftungstatbestand erzeugt bei den Herstellern einen zusätzlichen Anreiz zur Erfüllung der datenschutzrechtlichen Pflichten. Der zusätzliche Absatz bewirkt auch einen Gleichklang zwischen Datenschutz- und Produkthaftungsrecht.

### 5.33 Sanktionsverfahren

Um Sanktionen auch gegenüber Herstellern, die ihre hier neu vorgeschlagenen datenschutzrechtlichen Pflichten<sup>478</sup> missachten, verhängen zu können, sind ergänzende Regelungen in der Sanktionsnorm der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich. Eine solche Regelung fehlt im Vorschlag der Datenschutzkonferenz.<sup>479</sup> Daher wird im Folgenden die Intention der Datenschutzkonferenz vollendet und eine ihren Vorschlag ergänzende Formulierung empfohlen, um Sanktionen auch gegenüber Herstellern anordnen zu können. Zu diesem Zweck sollte Art. 83 Abs. 2 DSGVO in lit. c, d, e und h wie folgt ergänzt werden.

- „c) jegliche von dem Verantwortlichen, ~~oder~~ dem Auftragsverarbeiter *oder dem Hersteller* getroffenen Maßnahmen zur Minderung des den betroffenen Personen entstandenen Schadens;
- d) Grad der Verantwortung des Verantwortlichen, ~~oder~~ des Auftragsverarbeiters *oder des Herstellers* unter Berücksichtigung der von ihnen gemäß den Artikeln 25 und 32 getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen;
- e) etwaige einschlägige frühere Verstöße des Verantwortlichen, ~~oder~~ des Auftragsverarbeiters *oder des Herstellers*; ...
- h) Art und Weise, wie der Verstoß der Aufsichtsbehörde bekannt wurde, insbesondere ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Verantwortliche, ~~oder~~ der Auftragsverarbeiter *oder der Hersteller* den Verstoß mitgeteilt hat;“

---

478 S. Kap. 5.24 und 5.25.

479 Datenschutzkonferenz, Erfahrungsbericht, 2019, 16 f.

Aus dem gleichen Grund ist Abs. 3 des Art. 83 DSGVO wie folgt zu ergänzen:

„(3) Verstößt ein Verantwortlicher, ~~oder~~ ein Auftragsverarbeiter *oder der Hersteller* bei gleichen oder miteinander verbundenen Verarbeitungsvorgängen vorsätzlich oder fahrlässig gegen mehrere Bestimmungen dieser Verordnung, so übersteigt der Gesamtbetrag der Geldbuße nicht den Betrag für den schwerwiegendsten Verstoß;“

Schließlich ist die eigentliche Sanktionsdrohung in Art. 83 Abs. 4 lit a DSGVO aufzunehmen. Diese Regelung sollte auch den Verweis auf die spezifische Herstellerpflicht in Art. 24 Abs. 4 DSGVO-neu enthalten.

„a) die Pflichten der Verantwortlichen, ~~und~~ der Auftragsverarbeiter und der Hersteller gemäß den Artikeln 8, 11, 24 *Absatz 4*, 25 bis 39, 42 und 43;“

Diese zusätzlichen Regelungen bewirken, dass die Aufsichtsbehörden die spezifischen datenschutzrechtlichen Pflichten des Herstellers nach Art. 24 und 25 DSGVO-neu<sup>480</sup> wirksam durchsetzen können. Erst die Sanktionsdrohungen des Art. 83 DSGVO enthalten die notwendigen Handlungsanreize für die Adressaten, ihren Pflichten auch gegen ökonomische Anreize, es nicht zu tun, nachzukommen. Insbesondere die Regelung des Art. 83 Abs. 6 DSGVO ermöglicht den Aufsichtsbehörden, ihren neuen Anordnungsmöglichkeiten nach Art. 58 DSGVO-neu<sup>481</sup> auch gegenüber Herstellern den notwendigen Nachdruck zu verleihen.

Um den Vollzug der Datenschutz-Grundverordnung zu unterstützen, um Transparenz über das Behördenhandeln herzustellen und um für eine angegliche Praxis der Verhängung von Geldbußen beizutragen, sollten die Aufsichtsbehörden eine halbjährliche Statistik zu diesen Verfahren veröffentlichen. Hierzu sollte Art. 83 DSGVO um einen zusätzlichen Absatz 10 ergänzt werden:

„(10) *Jede Aufsichtsbehörde veröffentlicht einen Monat nach Ablauf jedes Halbjahres eine Statistik über die nach dieser Vorschrift durchgeführten Verfahren.*“

Dieser zusätzliche Absatz bewirkt eine erhebliche Transparenzsteigerung. Einerseits kann sich der Verbraucher von der effektiven Durchsetzung des Datenschutzrechts überzeugen, andererseits kann ein Verantwortlicher

---

480 S. Kap. 5.24 und 5.25.

481 S. Kap. 5.24 und 5.29.

## *5 Regelungsvorschläge*

besser antizipieren, wie der äußerst breite Bußgeldrahmen der Datenschutz-Grundverordnung in der Praxis angewendet wird.