



17/DE

WP251rev.01

**Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling
für die Zwecke der Verordnung 2016/679**

angenommen am 3. Oktober 2017

zuletzt überarbeitet und angenommen am 6. Februar 2018

Die Datenschutzgruppe wurde gemäß Artikel 29 der Richtlinie 95/46/EG eingerichtet. Sie ist ein unabhängiges europäisches Beratungsgremium für Datenschutz und Privatsphäre. Ihre Aufgaben werden in Artikel 30 der Richtlinie 95/46/EG sowie in Artikel 15 der Richtlinie 2002/58/EG beschrieben.

Die Sekretariatsgeschäfte werden von der Direktion C (Grundrechte und Unionsbürgerschaft) der Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission, B-1049 Brüssel, Belgien, Büro MO-59 02/013, wahrgenommen.

Website: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_de

**DIE GRUPPE FÜR DEN SCHUTZ VON PERSONEN BEI DER
VERARBEITUNG PERSONENBEZOGENER DATEN**

eingrichtet durch die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995,

gestützt auf deren Artikel 29 und 30,

gestützt auf ihre Geschäftsordnung,

HAT FOLGENDE LEITTLINIEN ERLASSEN:

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|-------------|---|-----------|
| I. | EINLEITUNG | 5 |
| II. | BEGRIFFSBESTIMMUNGEN..... | 6 |
| A. | PROFILING..... | 7 |
| B. | AUTOMATISIERTE ENTSCHEIDUNGSFINDUNG | 8 |
| C. | BEHANDLUNG DER KONZEPTE IN DER DSGVO | 9 |
| III. | ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN ZU PROFILING UND AUTOMATISIERTEN ENTSCHEIDUNGEN | 10 |
| A. | DATENSCHUTZGRUNDSÄTZE..... | 10 |
| 1. | <i>Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a – Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz</i> <i>10</i> | |
| 2. | <i>Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b Weiterverarbeitung und Zweckbindung.....</i> | <i>11</i> |
| 3. | <i>Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c Datenminimierung.....</i> | <i>12</i> |
| 4. | <i>Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d Richtigkeit</i> | <i>12</i> |
| 5. | <i>Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe e Speicherbegrenzung</i> | <i>13</i> |
| B. | RECHTSGRUNDLAGEN FÜR DIE VERARBEITUNG..... | 13 |
| 1. | <i>Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a Einwilligung.....</i> | <i>13</i> |
| 2. | <i>Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b – für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich</i> | <i>14</i> |
| 3. | <i>Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c – zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich</i> | <i>15</i> |
| 4. | <i>Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d – zum Schutz lebenswichtiger Interessen erforderlich</i> | <i>15</i> |
| 5. | <i>Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e – für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen</i> <i>Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt.....</i> | <i>15</i> |
| 6. | <i>Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f – zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder</i> <i>eines Dritten erforderlich.....</i> | <i>15</i> |
| C. | ARTIKEL 9 – BESONDERE DATENKATEGORIEN..... | 16 |
| D. | RECHTE DER BETROFFENEN PERSON | 17 |
| 1. | <i>Artikel 13 und 14 – Recht auf Information.....</i> | <i>18</i> |
| 2. | <i>Artikel 15 – Auskunftsrecht.....</i> | <i>18</i> |
| 3. | <i>Artikel 16 – Recht auf Berichtigung, Artikel 17 Recht auf Löschung und Artikel 18 Recht auf</i> <i>Einschränkung der Verarbeitung.....</i> | <i>19</i> |
| 4. | <i>Artikel 21 – Widerspruchsrecht.....</i> | <i>19</i> |
| IV. | SPEZIFISCHE BESTIMMUNGEN ZU AUSSCHLIEßLICH AUTOMATISIERTEN ENTSCHEIDUNGEN NACH ARTIKEL 22 | 21 |
| A. | „AUSSCHLIEßLICH AUF EINER AUTOMATISIERTEN VERARBEITUNG BERUHENDE ENTSCHEIDUNG“ | 22 |
| B. | „RECHTLICHE WIRKUNG“ ODER „IN ÄHNLICHER WEISE ERHEBLICH BEEINTRÄCHTIGT“ | 23 |
| C. | AUSNAHMEN VON DEM VERBOT..... | 25 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 1. | <i>Erfüllung eines Vertrags</i> | 25 |
| 2. | <i>Aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten zulässig</i> | 26 |
| 3. | <i>Ausdrückliche Einwilligung</i> | 26 |
| D. | BESONDERE KATEGORIEN PERSONENBEZOGENER DATEN – ARTIKEL 22 ABSATZ 4 | 26 |
| E. | RECHTE DER BETROFFENEN PERSON | 27 |
| 1. | <i>Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe f und Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe g – Recht auf Information</i> | 27 |
| 2. | <i>Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe h – Auskunftsrecht</i> | 29 |
| F. | FESTLEGUNG GEEIGNETER GARANTIEEN | 30 |
| V. | KINDER UND PROFILING | 31 |
| VI. | DATENSCHUTZ-FOLGENABSCHÄTZUNG (DSFA) UND DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER (DSB) | 32 |
| | ANHANG 1 – EMPFEHLUNGEN FÜR BEWÄHRTE VERFAHREN | 35 |
| | ANHANG 2 – DIE WICHTIGSTEN BESTIMMUNGEN DER DSGVO | 38 |
| | DIE WICHTIGSTEN BESTIMMUNGEN DER DSGVO, IN DENEN ES UM PROFILING UND AUTOMATISIERTE ENTSCHEIDUNGSFINDUNGEN IM ALLGEMEINEN GEHT | 38 |
| | DIE WICHTIGSTEN BESTIMMUNGEN DER DSGVO, IN DENEN ES UM DIE AUTOMATISIERTE ENTSCHEIDUNGSFINDUNG NACH ARTIKEL 22 GEHT | 39 |
| | ANHANG 3 – LITERATURVERZEICHNIS | 42 |

I. Einleitung

In der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) geht es speziell um Profiling und automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling¹.

Profiling und automatisierte Entscheidungen kommen in immer mehr privaten wie öffentlichen Bereichen zur Anwendung. Das Bank- und Finanz-, Gesundheits-, Steuer- und Versicherungswesen sowie die Marketing- und Werbebranche stellen nur einige wenige Bereiche dar, in denen Profiling regelmäßiger zur Unterstützung der Entscheidungsfindung eingesetzt wird.

Durch den technischen Fortschritt und die Möglichkeiten, große Datenmengen zu analysieren, sowie durch künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen können leichter Profile erstellt und automatisierte Entscheidungen getroffen werden, die die Rechte und Freiheiten des Einzelnen erheblich beeinträchtigen können.

Da personenbezogene Daten im Internet und über IdD-Geräte (Internet der Dinge) überall verfügbar sind und leicht Zusammenhänge und Verbindungen hergestellt werden können, lassen sich Aspekte der Persönlichkeit oder des Verhaltens von Personen sowie ihre Interessen und Gewohnheiten feststellen, analysieren und vorhersagen.

Profiling und automatisierte Entscheidungen können für Personen und Organisationen von Nutzen sein, da sie unter anderem folgende Vorteile bieten:

- Steigerung der Effizienz und
- Einsparung von Ressourcen.

Ihre kommerzielle Anwendung ist vielfältig; so dienen sie beispielsweise der besseren Segmentierung von Märkten und der gezielten Abstimmung von Dienstleistungen und Produkten auf individuelle Bedürfnisse. Auch die Bereiche Medizin, Bildung, Gesundheit und Transport können von Profiling und automatisierten Entscheidungen profitieren.

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG. Profiling und automatisierte Entscheidungen im Einzelfall sind auch Gegenstand der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr. Das Hauptaugenmerk dieser Leitlinien liegt zwar auf Profiling und automatisierten Entscheidungen im Einzelfall im Rahmen der DSGVO, sie sind jedoch auch im Hinblick auf diese beiden Themen im Rahmen der Richtlinie 2016/680 und ihre ähnlichen Bestimmungen von Bedeutung. In diesen Leitlinien geht es nicht um die Analyse der besonderen Merkmale von Profiling und automatisierten Entscheidungen im Einzelfall gemäß der Richtlinie 2016/680, da diesbezügliche Leitlinien in der Stellungnahme WP258 „Opinion on some key issues of the Law Enforcement Directive (EU 2016/680)“ enthalten sind, die von der Artikel-29-Datenschutzgruppe (G29) am 29. November 2017 angenommen wurde. Gegenstand dieser Stellungnahme sind automatisierte Entscheidungen im Einzelfall und Profiling bei der Datenverarbeitung im Rahmen der Strafverfolgung (Seiten 11-14), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610178http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610178

Allerdings können Profiling und automatisierte Entscheidungen auch erhebliche Risiken für die Rechte und Freiheiten des Einzelnen mit sich bringen, die es angemessen zu schützen gilt.

Die dabei angewandten Vorgehensweisen können undurchsichtig sein. Denn mitunter ist den Betroffenen gar nicht klar, dass über sie Profile erstellt werden bzw. was es damit auf sich hat.

Durch Profiling können sich bestehende Klischeevorstellungen verfestigen und die soziale Kluft kann zunehmen. Zudem können dabei Personen auf eine bestimmte Kategorie festgelegt und auf ihre vorgeschlagenen Präferenzen beschränkt werden. Dadurch kann ihre Wahlfreiheit beispielsweise in Bezug auf bestimmte Produkte oder Dienstleistungen wie Bücher, Musik oder Newsfeeds eingeschränkt werden. Mitunter kann es durch Profiling auch zu falschen Vorhersagen oder zur Verweigerung von Dienstleistungen und Waren sowie zu ungerechtfertigter Diskriminierung kommen.

Die DSGVO enthält neue Bestimmungen, um gegen die mit Profiling und automatisierten Entscheidungen verbundenen Risiken vorzugehen, die sich vor allem, aber nicht nur auf den Datenschutz beziehen. Die Klärung dieser Bestimmungen ist Ziel der vorliegenden Leitlinien.

Dieses Dokument umfasst:

- die Definition der Begriffe Profiling und automatisierte Entscheidungsfindung und den diesbezüglichen Ansatz in der DSGVO im Allgemeinen – [Kapitel II](#)
- allgemeine Bestimmungen zu Profiling und automatisierten Entscheidungen – [Kapitel III](#)
- spezifische Bestimmungen zu ausschließlich automatisierten Entscheidungen nach Artikel 22 – [Kapitel IV](#)
- Kinder und Profiling – [Kapitel V](#)
- Datenschutz-Folgenabschätzungen und Datenschutzbeauftragte – [Kapitel VI](#)

Die Anhänge enthalten Empfehlungen zu bewährten Verfahren, die auf den Erfahrungen der Mitgliedstaaten aufbauen.

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe (G29) wird die Umsetzung dieser Leitlinien überwachen und sie gegebenenfalls weiter ergänzen.

II. **Begriffsbestimmungen**

In der DSGVO werden Bestimmungen eingeführt, mit denen sichergestellt werden soll, dass Profiling und automatisierte Entscheidungen im Einzelfall (mit oder ohne Profiling) nicht so angewandt werden, dass sie ungerechtfertigte Auswirkungen auf die Rechte von Personen haben, beispielsweise in Bezug auf

- spezifische Anforderungen an die Transparenz und die Verarbeitung nach Treu und Glauben;
- Verpflichtungen zu größerer Rechenschaftspflicht;
- die genannten Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung;
- Rechte des Einzelnen, Profiling und insbesondere Profiling zu Werbezwecken abzulehnen, und
- sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind, die Notwendigkeit der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung.

Im Mittelpunkt der DSGVO stehen nicht nur die Entscheidungen, die aufgrund von automatisierter Verarbeitung oder Profiling getroffen werden. Sie betrifft ebenso die Erhebung von Daten zur Erstellung von Profilen und die Anwendung dieser Profile auf Personen.

A. Profiling

In der DSGVO wird Profiling in Artikel 4 Absatz 4 definiert als

jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.

Profiling besteht aus drei Elementen:

- Es muss sich um eine *automatisierte* Form der Verarbeitung handeln;
- Es muss *personenbezogene Daten* betreffen und
- sein Ziel muss die *Bewertung persönlicher Aspekte* einer natürlichen Person sein.

Artikel 4 Absatz 4 bezieht sich auf „jede Art der automatisierten Verarbeitung“, nicht auf eine „ausschließlich“ automatisierte Verarbeitung (wie sie in Artikel 22 beschrieben wird). Es muss sich bei Profiling um eine Art der automatisierten Verarbeitung handeln – auch wenn ein Eingreifen einer Person nicht unbedingt die Aktivität aus der Definition ausschließt.

Beim Profiling kann eine Reihe von statistischen Ableitungen eingesetzt werden. Es wird oft genutzt, um Prognosen über Menschen zu treffen, indem Daten aus verschiedenen Quellen verwendet werden, um anhand von Eigenschaften anderer, statistisch ähnlicher Personen Schlüsse über eine Person abzuleiten.

Der DSGVO zufolge handelt es sich beim Profiling um eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten zur Bewertung persönlicher Aspekte, insbesondere um Personen zu analysieren *oder* um Vorhersagen zu Personen zu treffen. Die Verwendung des Worts „Bewertung“ legt nahe, dass es beim Profiling um eine Art Einschätzung oder Beurteilung einer Person geht.

Eine einfache Einteilung von Personen anhand bekannter Merkmale wie Alter, Geschlecht und Größe führt nicht notwendigerweise zu Profiling. Hierbei kommt es auf den Grund der Einteilung an. So kann ein Unternehmen zum Beispiel seine Kunden zu statistischen Zwecken nach Alter oder Geschlecht einteilen, um einen zusammenfassenden Überblick über seine Kunden zu erhalten, ohne Voraussagen zu treffen oder Schlussfolgerungen über einzelne Personen zu ziehen. In diesem Fall besteht der Grund der Einteilung nicht in der Bewertung individueller Merkmale, weshalb es sich hier nicht um Profiling handelt.

Die Profiling-Definition in der DSGVO orientiert sich an der Definition in der Empfehlung des Europarats CM/Rec (2010)13² (der Empfehlung), in der eine Verarbeitung *ausgeschlossen wird*, die keine Folgerung umfasst, – ist aber nicht mit dieser Definition identisch. Dennoch wird in der Empfehlung zweckmäßig erläutert, dass Profiling drei verschiedene Phasen umfassen kann:

- Datenerhebung;
- automatisierte Analyse zur Ermittlung von Korrelationen;

² Europarat. The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling. Recommendation CM/Rec(2010)13 and explanatory memorandum. Europarat, 23. November 2010. [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2010\)13E_Profiling.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2010)13E_Profiling.pdf). Abgerufen am 24. April 2017.

- Anwendung der Korrelation auf eine Person, um Merkmale des aktuellen oder künftigen Verhaltens zu ermitteln.

Verantwortliche, die Profiling durchführen, müssen sicherstellen, dass sie die Anforderungen der DSGVO in Bezug auf alle oben genannten Phasen erfüllen.

Allgemein bezeichnet Profiling das Zusammentragen von Informationen über eine Person (oder eine Personengruppe) und die Bewertung ihrer Merkmale oder Verhaltensmuster zwecks Einteilung in eine bestimmte Kategorie oder Gruppe, insbesondere zur Analyse und/oder Prognose in Bezug auf ihre

- Fähigkeit zur Wahrnehmung einer Aufgabe,
- Interessen oder
- wahrscheinliches Verhalten.

Beispiel

Ein Datenbroker erhebt Daten aus verschiedenen öffentlichen und privaten Quellen, entweder für seine Kunden oder für eigene Zwecke. Anschließend stellt er die Daten zwecks Profilerstellung zu den einzelnen Personen zusammen und teilt sie in Segmente ein. Diese Informationen verkauft er dann an Unternehmen, die ihre Waren und Dienstleistungen gezielter anbieten möchten. Hier findet Profiling statt, da der Datenbroker Personen ihren Interessen entsprechend in bestimmte Kategorien einteilt.

Ob es sich hier um eine automatisierte Entscheidung gemäß Artikel 22 Absatz 1 handelt, hängt von den jeweiligen Umständen ab.

B. Automatisierte Entscheidungsfindung

Die automatisierte Entscheidungsfindung unterscheidet sich in ihrem Umfang vom Profiling und kann sich teilweise mit diesem überschneiden oder sich aus diesem ergeben. Bei der ausschließlich automatisierten Entscheidungsfindung handelt es sich um die Fähigkeit, Entscheidungen ohne direkte Beteiligung einer Person mithilfe technischer Mittel zu treffen. Automatisierte Entscheidungen können auf jedweden Arten von Daten basieren, z. B. auf:

- Daten, die von den betroffenen Personen direkt übermittelt werden (wie Antworten auf einen Fragebogen);
- Daten, die zu den Personen erhoben werden (wie über eine App erfasste Standortdaten);
- abgeleitete oder hergeleitete Daten wie ein bereits erstelltes Profil der Person (z. B. Kreditwürdigkeit).

Automatisierte Entscheidungen können mit oder ohne Profiling getroffen werden; Profiling kann ohne automatisierte Entscheidungen erfolgen. Profiling und automatisierte Entscheidungsfindung müssen jedoch nicht unbedingt getrennt voneinander erfolgen. Ein Prozess, der als einfache automatisierte Entscheidungsfindung begonnen hat, könnte sich in Abhängigkeit davon, wie die entsprechenden Daten verwendet werden, zu einem Profiling-Prozess entwickeln.

Beispiel

Wenn Bußgelder für Geschwindigkeitsüberschreitungen nur anhand der Aufnahmen entsprechender Kameras verhängt werden, handelt es sich um eine automatisierte Entscheidungsfindung, bei der es nicht unbedingt auch zu Profiling kommt.

Es würde sich aber um eine auf Profiling beruhende Entscheidung handeln, wenn die Fahrgewohnheiten der betreffenden Person über eine gewisse Zeit überwacht werden würden und die Höhe des entsprechenden Bußgelds sich aus der Bewertung weiterer Faktoren ergäbe – wenn der Fahrer beispielsweise wiederholt das Tempolimit überschritten oder kürzlich andere Verkehrsdelikte begangen hätte.

Entscheidungen, die nicht ausschließlich automatisiert erfolgen, können auch Profiling beinhalten. So kann eine Bank vor der Vergabe eines Hypothekenkredits beispielsweise die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers beurteilen, indem vor der Anwendung einer Entscheidung auf eine Person zusätzlich aussagekräftige Maßnahmen durch einen Menschen getroffen werden.

C. Behandlung der Konzepte in der DSGVO

Profiling kann auf drei verschiedene Arten eingesetzt werden:

- i) allgemeines Profiling;
- ii) auf Profiling beruhende Entscheidungsfindung und
- iii) *ausschließlich* automatisierte Entscheidungsfindung einschließlich Profiling, die der betroffenen Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt (Artikel 22 Absatz 1).

Der Unterschied zwischen ii) und iii) lässt sich am besten anhand der folgenden beiden Beispiele erläutern, bei denen eine Person online einen Kredit beantragt:

- Eine Person entscheidet, ob der Kredit gewährt wird, indem sie sich auf ein Profil stützt, das rein automatisiert erstellt wurde (ii);
- Ein Algorithmus entscheidet, ob der Kredit gewährt wird, und die Entscheidung wird der betreffenden Person automatisch mitgeteilt, ohne dass vorher eine aussagekräftige Bewertung durch eine Person stattgefunden hat (iii).

Die Verantwortlichen können von Profiling und automatisierter Entscheidungsfindung Gebrauch machen, solange sie alle Grundsätze einhalten können und über eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung verfügen. Für die ausschließlich automatisierte Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absatz 1 gelten zusätzliche Garantien und Beschränkungen.

In Kapitel III dieser Leitlinien werden die Bestimmungen der DSGVO für *alle* Profiling-Tätigkeiten und automatisierten Entscheidungen erläutert. Dies umfasst auch Entscheidungen, die *nicht* ausschließlich automatisiert getroffen werden.

In Kapitel IV dieser Leitlinien werden die spezifischen Bestimmungen erläutert, die *nur* für ausschließlich automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling gelten³. Diese Art der Verarbeitung ist generell verboten, um den potenziellen Risiken für die Rechte und Freiheiten des Einzelnen Rechnung zu tragen.

³ Gemäß der Definition in Artikel 22 Absatz 1 der DSGVO.

III. Allgemeine Bestimmungen zu Profiling und automatisierten Entscheidungen

Dieser Überblick über die Bestimmungen gilt für sämtliche Profiling-Tätigkeiten und automatisierten Entscheidungen. Die zusätzlichen spezifischen Bestimmungen gemäß Kapitel IV finden Anwendung, wenn für die Verarbeitung die Definition nach Artikel 22 Absatz 1 gilt.

A. Datenschutzgrundsätze

Die Grundsätze sind für sämtliche Profiling-Tätigkeiten und automatisierten Entscheidungen relevant, die personenbezogene Daten betreffen⁴. Um die Einhaltung der Vorschriften zu unterstützen, sollten die Verantwortlichen folgende Schlüsselbereiche berücksichtigen:

1. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a – Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz

Transparenz bei der Verarbeitung⁵ ist eine der grundlegenden Anforderungen der DSGVO.

Vom Profiling bekommen die betroffenen Personen selbst oft gar nichts mit. Denn dabei werden abgeleitete oder hergeleitete Daten zu einzelnen Personen erzeugt, d. h. „neue“ personenbezogene Daten, die von den Betroffenen selbst gar nicht direkt zur Verfügung gestellt wurden. Die Menschen haben in dieser Thematik einen unterschiedlichen Kenntnisstand und für manche sind die komplizierten Techniken, die bei Profiling und automatisierten Entscheidungen zur Anwendung kommen, möglicherweise schwer verständlich.

Gemäß Artikel 12 Absatz 1 muss der Verantwortliche den betroffenen Personen alle Informationen, die sich auf die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten beziehen, in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form übermitteln⁶.

Bei Daten, die direkt von der betroffenen Person erhoben werden, muss dies zum Zeitpunkt der Erhebung geschehen (Artikel 13); bei indirekt erhobenen Daten sollten die Informationen entsprechend den Fristen in Artikel 14 Absatz 3 erteilt werden.

Beispiel

Manche Versicherungen bieten Versicherungsprämien und -leistungen an, die auf dem individuellen Fahrverhalten basieren. Dabei können Aspekte wie zurückgelegte Strecken, Fahrzeiten und Reisen

⁴ DSGVO – Erwägungsgrund 72: „Das Profiling unterliegt den Vorschriften dieser Verordnung für die Verarbeitung personenbezogener Daten, wie etwa die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung oder die Datenschutzgrundsätze.“

⁵ In den Leitlinien der G29 über die Transparenz wird die Transparenz generell ausführlicher behandelt. Artikel-29-Datenschutzgruppe – siehe „Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679 (wp260rev.01)“, 11. April 2018, http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=622227.

⁶ In „Office of the Australian Information Commissioner. Consultation draft: Guide to big data and the Australian Privacy Principles“ vom Mai 2016 heißt es sinngemäß: In den Datenschutzhinweisen müssen die Verfahren zur Informationsverarbeitung klar und deutlich, aber zugleich so umfassend und spezifisch dargestellt werden, dass es ihnen nicht an Aussagekraft mangelt. *Die Technologie, die eine umfassendere Erfassung personenbezogener Daten ermöglicht, bietet auch die Möglichkeit, die Datenschutzhinweise dynamischer, vielschichtiger und nutzerzentrierter zu gestalten.* <https://www.oaic.gov.au/engage-with-us/consultations/guide-to-big-data-and-the-australian-privacy-principles/consultation-draft-guide-to-big-data-and-the-australian-privacy-principles> . Abgerufen am 24. April 2017.

sowie Prognosen berücksichtigt werden, die auf anderen, von Sensoren in einem (intelligenten) Fahrzeug erfassten Daten basieren. Die erhobenen Daten werden für Profilingzwecke verwendet, um schlechtes Fahrverhalten zu ermitteln (z. B. schnelles Beschleunigen, plötzliches Bremsen und Geschwindigkeitsüberschreitungen). Diese Informationen können mit anderen Quellen in Beziehung gesetzt werden (z. B. dem Wetter, Verkehrsaufkommen, Straßentyp), um das Fahrverhalten besser zu verstehen.

Der Verantwortliche muss sicherstellen, dass für diese Art der Verarbeitung eine Rechtsgrundlage vorhanden ist. Der Verantwortliche muss der betroffenen Person auch Informationen über die erfassten Daten und gegebenenfalls eine automatisierte Entscheidungsfindung gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person zur Verfügung stellen.

Die spezifischen Anforderungen im Zusammenhang mit der Information über und dem Zugang zu personenbezogenen Daten werden in den Kapiteln III (Abschnitt D) und IV (Abschnitt E) erörtert.

Zudem muss die Verarbeitung nach Treu und Glauben und transparent erfolgen.

Bei Profiling kann es zu Ungerechtigkeit und Diskriminierung kommen, wenn beispielsweise bestimmten Personen der Zugang zu Arbeitsplätzen, Krediten oder Versicherungen verwehrt wird oder ihnen extrem riskante oder kostspielige Finanzprodukte angeboten werden. Anhand des folgenden Beispiels, das die Anforderungen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a nicht erfüllen würde, wird ersichtlich, inwiefern es mit unfairem Profiling möglich ist, bestimmten Kunden weniger attraktive Angebote zu unterbreiten als anderen.

Beispiel

Ein Datenbroker verkauft Verbraucherprofile an Finanzunternehmen, ohne dass die Verbraucher einwilligen oder wissen, welche Daten davon betroffen sind. Bei diesen Profilen werden die Verbraucher in Kategorien eingeteilt (wie zum Beispiel „lebt auf dem Land und kommt knapp über die Runden“, „ums Überleben kämpfender Angehöriger einer ethnischen Minderheit in zweitklassiger Stadt“, „Schwerer Start“: jung und alleinerziehend“) oder mit Punkten „bewertet“, wobei deren finanzielle Schwäche im Mittelpunkt steht. Die Finanzunternehmen bieten diesen Verbrauchern dann Überbrückungskredite und andere eher ungewöhnliche Finanzdienstleistungen an (kostspielige Kredite und andere finanziell riskante Produkte)⁷.

2. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b Weiterverarbeitung und Zweckbindung

Beim Profiling können personenbezogene Daten verwendet werden, die ursprünglich für einen anderen Zweck erhoben wurden.

⁷ Dieses Beispiel stammt aus: United States Senate, Committee on Commerce, Science, and Transportation. A Review of the Data Broker Industry: Collection, Use, and Sale of Consumer Data for Marketing Purposes, Staff Report for Chairman Rockefeller, 18. Dezember 2013.

https://www.commerce.senate.gov/public/_cache/files/0d2b3642-6221-4888-a631-08f2f255b577/AE5D72CBE7F44F5BFC846BECE22C875B.12.18.13-senate-commerce-committee-report-on-data-broker-industry.pdf. Siehe Seite ii der Zusammenfassung und vor allem Seite 12 des Hauptteils des Dokuments. Abgerufen am 21. Juli 2017.

Beispiel

Manche mobilen Anwendungen bieten Standortdienstleistungen an, mit denen die Nutzer Restaurants in der Nähe auffindig machen können, die Rabatte anbieten. Die dabei erfassten Daten werden jedoch auch verwendet, um zu Werbezwecken ein Profil zu der betroffenen Person zu erstellen, um ihre Essensvorlieben oder ihren Lebensstil im Allgemeinen zu ermitteln. Die betroffene Person geht davon aus, dass ihre Daten verwendet werden, damit sie Restaurants findet, aber nicht, damit sie Werbung für Pizzalieferdienste erhält, nur weil mithilfe der Anwendung festgestellt wurde, dass sie spät nach Hause kommt. Diese weitere Verwendung der Standortdaten ist unter Umständen nicht mit den Zwecken vereinbar, zu denen die Daten ursprünglich erhoben wurden, weshalb die Zustimmung der betroffenen Person erforderlich sein kann⁸.

Ob diese zusätzliche Verarbeitung mit den ursprünglichen Zwecken, zu denen die Daten erhoben wurden, vereinbar ist, hängt von zahlreichen Faktoren ab⁹, unter anderem davon, welche Informationen der Verantwortliche der betroffenen Person ursprünglich zur Verfügung gestellt hat. Diese Faktoren sind Gegenstand der DSGVO¹⁰ und lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- die Verbindung zwischen den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten erhoben wurden, und den Zwecken der beabsichtigten Weiterverarbeitung;
- der Kontext, in dem die Daten erhoben wurden, und die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen in Bezug auf die weitere Verwendung;
- die Art der Daten;
- die Folgen der weiteren Verarbeitung für die betroffenen Personen und
- die Garantien, mit denen der Verantwortliche eine faire Verarbeitung gewährleistet und unzulässige Auswirkungen auf die betroffenen Personen verhindert.

3. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c Datenminimierung

Die geschäftlichen Möglichkeiten, die sich durch Profiling ergeben, die geringeren Speicherkosten und die Möglichkeit der Verarbeitung großer Datenmengen können Unternehmen veranlassen, mehr personenbezogene Daten zu erheben, als sie tatsächlich benötigen – für den Fall, dass sie sich später einmal als nützlich erweisen könnten. Die Verantwortlichen müssen sicherstellen, dass sie die Grundsätze der Datenminimierung, der Zweckbindung und der Speicherbegrenzung einhalten.

Sie sollten die Notwendigkeit der Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten bzw. die etwaige Nutzung aggregierter, anonymisierter oder (bei Gewährleistung von ausreichendem Schutz) pseudonymisierter Daten zwecks Profiling klar erläutern und begründen können.

4. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d Richtigkeit

Die Verantwortlichen sollten die Richtigkeit der Daten in allen Phasen des Profiling-Prozesses überprüfen, insbesondere bei

- der Erhebung der Daten;

⁸ Hier können auch die Bestimmungen der künftigen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zur Anwendung kommen.

⁹ Hervorgehoben in: Artikel-29-Datenschutzgruppe. Opinion 03/2013 on purpose limitation, 2. April 2013. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf. Abgerufen am 24. April 2017.

¹⁰ Artikel 6 Absatz 4 DSGVO.

- der Analyse der Daten;
- der Erstellung eines Profils zu einer Person oder
- der Anwendung eines Profils beim Treffen einer Entscheidung zu einer Person.

Sind die bei automatisierten Entscheidungsfindungen oder Profiling-Prozessen verwendeten Daten unrichtig, wird die daraus resultierende Entscheidung bzw. das jeweilige Profiling fehlerhaft sein. Entscheidungen können auch auf veralteten Daten oder der falschen Auslegung externer Daten basieren. Fehlerhafte Angaben können zu unzutreffenden Prognosen oder Aussagen beispielsweise zur Gesundheit, Kreditwürdigkeit oder zum Versicherungsrisiko einer Person führen.

Auch wenn die Ausgangsdaten richtig gespeichert werden, kann es sein, dass sie nicht uneingeschränkt repräsentativ sind oder dass die Analyse versteckte Verzerrungen enthält.

Die Verantwortlichen müssen solide Maßnahmen einführen, um fortlaufend zu prüfen und zu gewährleisten, dass weiterverwendete oder indirekt erhobene Daten richtig und auf dem neuesten Stand sind. Dadurch wird bekräftigt, dass eindeutige Informationen über die verarbeiteten personenbezogenen Daten zur Verfügung gestellt werden müssen, damit die betroffenen Personen Fehler korrigieren und die Qualität der Daten verbessern können.

5. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe e Speicherbegrenzung

Mit Algorithmen des maschinellen Lernens können große Datenmengen verarbeitet und Querverbindungen hergestellt werden, mit deren Hilfe Unternehmen sehr umfangreiche und persönliche Personenprofile erstellen können. Die Datenspeicherung im Zuge von Profiling kann zwar vorteilhaft sein, da mehr Daten zur Verfügung stehen, anhand derer der Algorithmus lernen kann. Die Verantwortlichen müssen jedoch bei der Erhebung personenbezogener Daten den Grundsatz der Datenminimierung einhalten und gewährleisten, dass diese Daten nicht länger gespeichert werden, als es für die Zwecke der Verarbeitung notwendig und verhältnismäßig ist.

Der Verantwortliche sollte bei der Speicherung die individuellen Rechte und Freiheiten entsprechend den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe e berücksichtigen.

Der Verantwortliche sollte darüber hinaus sicherstellen, dass die Daten während des gesamten Speicherzeitraums auf aktuellem Stand gehalten werden, um das Risiko unrichtiger Daten zu senken¹¹.

B. Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung

Die in Artikel 22 Absatz 1 definierte automatisierte Entscheidungsfindung ist nur zulässig, wenn einer der in Kapitel IV (Abschnitte C und D) beschriebenen Ausnahmefälle zutrifft. Folgende Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung sind für alle anderen automatisierten Entscheidungen im Einzelfall und für Profiling relevant.

1. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a Einwilligung

Die Einwilligung als Grundlage für die Verarbeitung im Allgemeinen ist Gegenstand der Leitlinien der G29 über die Einwilligung¹². Die ausdrückliche Einwilligung stellt einen der Ausnahmefälle dar, in denen automatisierte Entscheidungen und Profiling gemäß Artikel 22 Absatz 1 nicht verboten sind.

¹¹ Norwegische Datenschutzbehörde. The Great Data Race – How commercial utilisation of personal data challenges privacy, Report, November 2015. Datatilsynet, <https://www.datatilsynet.no/English/Publications/The-Great-Data-Race/> abgerufen am 24. April 2017.

Profiling kann undurchsichtig sein. Oft werden dabei statt Daten, die direkt von den betroffenen Personen übermittelt wurden, Daten verwendet, die aus anderen Daten abgeleitet oder hergeleitet wurden.

Verantwortliche, die sich beim Profiling auf die Einwilligung stützen möchten, müssen nachweisen, dass den betroffenen Personen ganz klar ist, wozu sie einwilligen, und bedenken, dass die Einwilligung nicht in allen Fällen eine geeignete Grundlage für die Verarbeitung darstellt¹³. In jedem Fall sollten den betroffenen Personen ausreichend relevante Informationen über die vorgesehene Verwendung und die Folgen der Verarbeitung zur Verfügung stehen, um zu gewährleisten, dass sie ihre Einwilligung nach ausführlicher Unterrichtung erteilt haben.

2. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b – für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich

Gründe für die Nutzung von Profiling und automatisierten Entscheidungen durch die Verantwortlichen können sein:

- die Entscheidungsfindung ermöglicht unter Umständen größere Kohärenz oder Gerechtigkeit (z. B. durch die Minimierung von menschlichem Fehlerpotenzial, Diskriminierung und Machtmissbrauch);
- das Risiko, dass Kunden Waren oder Dienstleistungen nicht bezahlen, wird minimiert (beispielsweise durch Bonitätsauskünfte), oder
- sie können Entscheidungen innerhalb kürzerer Fristen treffen und ihre Effizienz steigern.

Ungeachtet dieser Gründe kann allein anhand dieser Gesichtspunkte nicht nachgewiesen werden, dass diese Art der Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b *erforderlich* ist. Wie in der Stellungnahme der G29 zum berechtigten Interesse¹⁴ beschrieben wird, ist die Notwendigkeit eng auszulegen.

Beim folgenden Beispiel würde das Profiling die Grundlage für die Verarbeitung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b *nicht* erfüllen.

Beispiel

Ein Nutzer erwirbt bei einem Online-Einzelhändler mehrere Artikel. Zur Erfüllung des Vertrags muss der Einzelhändler zwecks Bezahlung der Artikel die Kreditkartendaten des Nutzers und zwecks Lieferung der Ware auch seine Adressdaten verarbeiten. Die Erfüllung des Vertrags hängt nicht von der Erstellung eines Profils zu Vorlieben und Lebensstil des Nutzers ab, das auf den entsprechenden Website-Besuchen basiert. Auch wenn das Profiling im Kleingedruckten des Vertrags ausdrücklich erwähnt wird, wird es allein dadurch noch nicht für die Erfüllung des Vertrags „erforderlich“.

¹² Artikel-29-Datenschutzgruppe. Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 WP259, 28. November 2017, http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=48849. Abgerufen am 18. Dezember 2017.

¹³ Ebd.

¹⁴ Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG. Europäische Kommission, 9. April 2014. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Abgerufen am 24. April 2017.

3. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c – zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich

Es kann Fälle geben, in denen eine rechtliche Verpflichtung¹⁵ besteht, Profiling durchzuführen – zum Beispiel im Zusammenhang mit Betrugsbekämpfung oder Geldwäsche. In der Stellungnahme der G29 zum berechtigten Interesse¹⁶ sind nützliche Informationen über diese Grundlage für die Verarbeitung einschließlich der anzuwendenden Schutzmaßnahmen enthalten.

4. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d – zum Schutz lebenswichtiger Interessen erforderlich

Dies betrifft Fälle, in denen die Verarbeitung erforderlich ist, um ein lebenswichtiges Interesse der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen.

Einige Arten der Verarbeitung können sowohl wichtigen Gründen des öffentlichen Interesses als auch lebenswichtigen Interessen der betroffenen Person dienen. So kann Profiling beispielsweise erforderlich sein, um Modelle zur Prognose der Ausbreitung lebensbedrohlicher Krankheiten zu entwickeln, oder auch in humanitären Notfällen. In diesen Fällen und auch prinzipiell kann der Verantwortliche sich allerdings nur auf die lebenswichtigen Interessen berufen, wenn für die Verarbeitung keine andere Rechtsgrundlage zur Verfügung steht¹⁷. Sind von der Verarbeitung spezielle Kategorien personenbezogener Daten betroffen, müsste der Verantwortliche ebenfalls sicherstellen, dass die Bedingungen von Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe c erfüllt sind.

5. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e – für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt

Für bestimmte Fälle von Profiling im öffentlichen Sektor könnte Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e eine geeignete Grundlage bilden. Die Aufgabe bzw. Funktion muss eine eindeutige Rechtsgrundlage besitzen.

6. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f – zur Wahrung der berechtigten Interessen¹⁸ des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich

Profiling ist zulässig, wenn es für die Wahrung der berechtigten Interessen¹⁹ des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist. Allerdings findet Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f nicht automatisch Anwendung, nur weil ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten besteht. Der Verantwortliche muss abwägen, um zu beurteilen, ob die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person die oben genannten Interessen überwiegen.

Besonders wichtig sind dabei folgende Aspekte:

¹⁵ Erwägungsgründe 41 und 45 DSGVO.

¹⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe. Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, Seite 24 f., Europäische Kommission, 9. April 2014. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Abgerufen am 24. April 2017.

¹⁷ Erwägungsgrund 46 DSGVO.

¹⁸ Zu den berechtigten Interessen nach Erwägungsgrund 47 der DSGVO zählt die Verarbeitung für Zwecke der Direktwerbung und die Verarbeitung im für die Verhinderung von Betrug unbedingten erforderlichen Umfang.

¹⁹ Durch das „berechtigtes Interesse“ des Verantwortlichen erlangt das Profiling keine Rechtmäßigkeit, wenn die Verarbeitung unter die Definition in Artikel 22 Absatz 1 fällt.

- die Detailliertheit des Profils (das Profil einer betroffenen Person innerhalb einer allgemein beschriebenen Kohorte wie „Personen mit Interesse an englischer Literatur“ oder ein detailliert segmentiertes und zielgerichtetes Profil);
- der Umfang des Profils (ob es nur einen kleinen Aspekt der betroffenen Person umfasst oder ein umfangreicheres Bild vermittelt);
- die Folgen des Profilings (die Auswirkungen auf die betroffene Person) und
- die Garantien zur Gewährleistung von fairem, nichtdiskriminierendem und sachlich richtigem Profiling.

Die Stellungnahme der G29 zum berechtigten Interesse²⁰ stützt sich zwar auf Artikel 7 der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG (die Richtlinie), aber sie enthält auch Beispiele, die für Profiling anwendende Verantwortliche nützlich und relevant sind. Dieser Stellungnahme zufolge könnten Verantwortliche sich nur schwer auf das berechnete Interesse als Rechtsgrundlage für massiv in die Privatsphäre eingreifendes Profiling und Tracking zu Marketing- oder Werbezwecken berufen, wenn sie beispielsweise Personen über mehrere Websites, Standorte, Geräte oder Dienste verfolgen oder Datenhandel betreiben.

Bei der Bewertung, ob eine Verarbeitung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f vorliegt, sollte der Verantwortliche auch die künftige Verwendung oder Verknüpfung von Profilen berücksichtigen.

C. **Artikel 9 – Besondere Datenkategorien**

Die Verantwortlichen dürfen besondere Kategorien personenbezogener Daten nur verarbeiten, wenn sie eine der Bedingungen in Artikel 9 Absatz 2 sowie eine Bedingung in Artikel 6 erfüllen können. Dazu gehören besondere Kategorien von Daten, die aus Profiling abgeleitet oder hergeleitet wurden.

Durch Profiling können Daten besonderer Kategorien erzeugt werden, indem aus Daten, die an sich keine besondere Datenkategorie bilden, dies aber in Kombination mit anderen Daten tun, Daten abgeleitet werden. So kann beispielsweise aus den Lebensmitteleinkäufen einer Person, die mit Daten zur Qualität und zum Energiegehalt von Lebensmitteln verknüpft werden, der Gesundheitszustand der betroffenen Person hergeleitet werden.

Dabei können Zusammenhänge festgestellt werden, die etwas über den Gesundheitszustand, die politischen oder religiösen Überzeugungen oder die sexuelle Orientierung der betroffenen Person aussagen, wie anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht wird:

Beispiel

In einer Studie²¹ wurden „Likes“ bei Facebook mit wenigen Umfrageinformationen verknüpft. Dabei hatten die Forscher die sexuelle Ausrichtung der männlichen Nutzer in 88 % der Fälle und die ethnische Herkunft der Nutzer in 95 % der Fälle richtig ermittelt und in 82 % der Fälle zutreffend festgestellt, ob es sich bei den Nutzern um Christen oder Muslime handelte.

²⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe. Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG. Europäische Kommission, 9. April 2014, Seite 59 f., Beispiele auf den Seiten 75-77 http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Abgerufen am 24. April 2017.

²¹

Michael Kosinski, David Stilwell und Thore Graepel. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behaviour. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, <http://www.pnas.org/content/110/15/5802.full.pdf>. Abgerufen am 29. März 2017.

Wenn aus Profiling sensible Vorlieben und Eigenschaften hergeleitet werden, sollte der Verantwortliche sicherstellen, dass

- die Verarbeitung nicht mit dem ursprünglichen Zweck unvereinbar ist;
- eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der besonderen Datenkategorie ermittelt wurde und
- die betroffene Person über die Verarbeitung unterrichtet wird.

Automatisierte Entscheidungen gemäß Artikel 22 Absatz 1, die auf besonderen Datenkategorien basieren, werden in Kapitel IV (Abschnitt D) behandelt.

D. Rechte der betroffenen Person²²

Die DSGVO verschafft den von der Datenverarbeitung betroffenen Personen umfassendere Rechte und führt neue Pflichten für die Verantwortlichen ein.

Beim Profiling sind diese Rechte gegenüber dem das Profil erstellenden Verantwortlichen und dem Verantwortlichen, der eine automatisierte Entscheidung zu einer Person trifft (mit oder ohne menschliches Eingreifen), einklagbar, wenn es sich dabei nicht um ein und dieselbe Einrichtung handelt.

Beispiel

Ein Datenbroker unterzieht personenbezogene Daten einem Profiling. Gemäß den Verpflichtungen nach Artikel 13 und 14 sollte er die betroffene Person über die Verarbeitung informieren und ihr auch mitteilen, ob er das Profil an andere Unternehmen weiterzuleiten beabsichtigt. Außerdem sollte er die Details zum Widerspruchsrecht gemäß Artikel 21 Absatz 1 separat mitteilen.

Das Profil wird vom Datenbroker an ein anderes Unternehmen weitergeleitet. Dieses wiederum verwendet das Profil, um der betroffenen Person Direktwerbung zukommen zu lassen.

Das Unternehmen sollte der betroffenen Person mitteilen, für welchen Zweck das Profil verwendet wird (Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c) und aus welcher Quelle die Informationen stammen (Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe f). Darüber hinaus muss es die betroffene Person auf ihr Widerspruchsrecht in Bezug auf die Verarbeitung und das Profiling zwecks Direktwerbung hinweisen (Artikel 21 Absatz 2).

Der Datenbroker und das Unternehmen sollten der betroffenen Person das Recht einräumen, Auskunft zu den verwendeten Informationen zu erhalten (Artikel 15), fehlerhafte Informationen zu korrigieren (Artikel 16) und in bestimmten Fällen das Profil oder die zu dessen Erstellung verwendeten personenbezogenen Daten zu löschen (Artikel 17). Des Weiteren sollte die betroffene Person Informationen zu ihrem Profil erhalten, zum Beispiel in welche „Segmente“ oder „Kategorien“ sie eingeteilt wird.²³

Verwendet das Unternehmen das Profil im Rahmen einer ausschließlich automatisierten Entscheidungsfindung mit rechtlicher Wirkung auf die betroffene Person oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigender Wirkung, ist das Unternehmen der Verantwortliche gemäß den

²² Dieser Abschnitt ist sowohl für Profiling als auch für automatisierte Entscheidungen relevant. Für automatisierte Entscheidungen gemäß Artikel 22 gelten ferner zusätzliche Bedingungen, die in Kapitel IV beschrieben werden.

²³ Datatilsynet. The Great Data Race -How commercial utilisation of personal data challenges privacy. Bericht, November 2015. <https://www.datatilsynet.no/English/Publications/The-Great-Data-Race/>, Abgerufen am 24. April 2017.

Bestimmungen von Artikel 22. (Dies schließt den Datenbroker nicht von Artikel 22 aus, wenn bei der Verarbeitung die maßgebliche Grenze eingehalten wird.)

1. Artikel 13 und 14 – Recht auf Information

Aufgrund des Kernprinzips der Transparenz der DSGVO müssen die Verantwortlichen dafür Sorge tragen, dass den betroffenen Personen klar und einfach erläutert wird, wie Profiling bzw. automatisierte Entscheidungen funktionieren.

Insbesondere in den Fällen, in denen bei der Verarbeitung auf Profiling beruhende Entscheidungen getroffen werden (unabhängig davon, ob dafür die Bestimmungen nach Artikel 22 gelten), muss den betroffenen Personen verdeutlicht werden, dass die Verarbeitung für die Zwecke des a) Profilings und b) der Entscheidungsfindung anhand des erstellten Profils erfolgt²⁴.

Gemäß Erwägungsgrund 60 ist die Unterrichtung über Profiling Teil der Transparenzpflichten des Verantwortlichen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a. Die betroffene Person hat das Recht, vom Verantwortlichen *informiert zu werden*, und in manchen Fällen das Recht, einem „Profiling“ *zu widersprechen, unabhängig davon*, ob ausschließlich automatisierte, auf Profiling beruhende Entscheidungen im Einzelfall getroffen werden.

Weitere Orientierungshilfen zur Transparenz im Allgemeinen finden sich in den Leitlinien der G29 über Transparenz gemäß der DSGVO²⁵.

2. Artikel 15 – Auskunftsrecht

Gemäß Artikel 15 hat die betroffene Person das Recht, Einzelheiten zu den zwecks Profiling verwendeten personenbezogenen Daten zu verlangen, einschließlich der zur Profilerstellung verwendeten Datenkategorien.

Neben der Übermittlung allgemeiner Informationen zur Verarbeitung ist der Verantwortliche gemäß Artikel 15 Absatz 3 verpflichtet, die zur Profilerstellung verwendeten Eingabedaten zur Verfügung zu stellen; zudem muss er Informationen zum Profil und Details zu den Segmenten, in die die betroffene Person eingeteilt wurde, mitteilen.

Dies unterscheidet sich von dem Recht auf Datenübertragbarkeit gemäß Artikel 20, bei dem der Verantwortliche nur die Daten mitteilen muss, die die betroffene Person übermittelt hat bzw. die er selbst erhoben hat, und nicht das Profil selbst²⁶.

Durch Erwägungsgrund 63 werden Verantwortliche geschützt, die Sorge haben, Geschäftsgeheimnisse oder Rechte des geistigen Eigentums offenzulegen, was bei Profiling besonders relevant sein könnte. Dort heißt es: „Dieses Recht sollte die Rechte und Freiheiten anderer Personen, etwa Geschäftsgeheimnisse oder Rechte des geistigen Eigentums und insbesondere das Urheberrecht an Software, nicht beeinträchtigen.“ Allerdings können Verantwortliche den Schutz ihrer

²⁴ Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c und Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe c DSGVO. Nach Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe f und Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe g muss der Verantwortliche die betroffene Person über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 informieren. Dies wird in Kapitel IV näher erläutert.

²⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe. Guidelines on transparency under Regulation 2016/679 WP260, 28 November 2017 http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=48850, abgerufen am 18. Dezember 2017.

²⁶ Leitlinien der G29 zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP242 http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45685, Seite 12 f. Abgerufen am 8. Januar 2018

Geschäftsgeheimnisse nicht als Rechtfertigung dafür verwenden, der betroffenen Person den Zugang zu ihren Daten zu verwehren oder die Übermittlung von Informationen zu verweigern.

Ferner besagt Erwägungsgrund 63 Folgendes: „Nach Möglichkeit sollte der Verantwortliche den Fernzugang zu einem sicheren System bereitstellen können, der der betroffenen Person direkten Zugang zu ihren personenbezogenen Daten ermöglichen würde.“

3. Artikel 16 – Recht auf Berichtigung, Artikel 17 Recht auf Löschung und Artikel 18 Recht auf Einschränkung der Verarbeitung

Bei Profiling können Prognosen getroffen werden, was das Fehlerrisiko erhöht. So können die Eingabedaten falsch oder irrelevant oder aus dem Zusammenhang gerissen sein. Auch der Algorithmus, mit dem Zusammenhänge festgestellt werden sollen, kann fehlerhaft sein.

Das Recht auf Berichtigung nach Artikel 16 könnte Anwendung finden, wenn eine Person beispielsweise in eine Kategorie eingeteilt wird, in der Aussagen zu ihrer Fähigkeit zur Wahrnehmung einer Aufgabe getroffen werden, und dieses Profil auf falschen Informationen beruht. Die Betroffenen möchten möglicherweise die Richtigkeit der verwendeten Daten und eine auf sie angewandte Einteilung bzw. Kategorie infrage stellen.

Das Recht auf Berichtigung bzw. Löschung²⁷ gilt sowohl für die „personenbezogenen Eingabedaten“ (die bei der Profilerstellung verwendeten personenbezogenen Daten) als auch für die „Ausgabedaten“ (das Profil selbst bzw. die für die Person vergebene „Bewertung“).

Gemäß Artikel 16 hat die betroffene Person auch das Recht, ihre personenbezogenen Daten um zusätzliche Angaben zu ergänzen.

Beispiel

Das Computersystem einer Arztpraxis teilt eine Person einer Gruppe zu, die mit größter Wahrscheinlichkeit eine Herzkrankheit bekommen wird. Dieses „Profil“ ist nicht zwingend falsch, selbst wenn die betroffene Person niemals eine solche Erkrankung erleidet.

Es besagt lediglich, dass die *Wahrscheinlichkeit, am Herzen zu erkranken, höher ist*. Dies kann statistisch betrachtet faktisch richtig sein.

Dennoch hat die betroffene Person unter Berücksichtigung des Zwecks der Verarbeitung das Recht, eine ergänzende Erklärung zu verlangen. In diesem Fall könnte dies beispielsweise ein fortgeschritteneres medizinisches Computersystem (und statistisches Modell) sein, bei dem zusätzliche Daten berücksichtigt und detailliertere Untersuchungen vorgenommen werden als bei dem der genannten Arztpraxis mit stärker eingeschränkten Möglichkeiten.

Das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung (Artikel 18) gilt für jede Phase des Profilings.

4. Artikel 21 – Widerspruchsrecht

Der Verantwortliche muss die betroffene Person auf Einzelheiten zum Recht auf Widerspruch nach Artikel 21 Absätze 1 und 2 *ausdrücklich* hinweisen und dieser Hinweis hat in einer verständlichen und von anderen Informationen getrennten Form zu erfolgen (Artikel 21 Absatz 4).

²⁷ Artikel 17 DSGVO.

Nach Artikel 21 Absatz 1 kann die betroffene Person aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, Widerspruch gegen die Verarbeitung (einschließlich Profiling) einlegen. Der Verantwortliche muss dieses Recht ausdrücklich in allen Fällen gewähren, in denen die Verarbeitung auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e oder f basiert.

Sobald die betroffene Person von diesem Recht Gebrauch macht, muss der Verantwortliche das Profiling unterbrechen²⁸ (oder gar nicht erst beginnen), sofern er keine zwingenden schutzwürdigen Gründe für die Verarbeitung nachweisen kann, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen. Er kann auch zur Löschung der maßgeblichen personenbezogenen Daten gezwungen sein²⁹.

Die DSGVO enthält keine Erläuterung zu den zwingenden schutzwürdigen Gründen³⁰. So könnte das Profiling beispielsweise für die Gesellschaft im Allgemeinen (oder eine breitere Öffentlichkeit) und nicht nur für die geschäftlichen Interessen des Verantwortlichen nützlich sein, zum Beispiel Profiling zur Prognose der Ausbreitung ansteckender Krankheiten.

Der Verantwortliche müsste

- die Bedeutung des Profilings für das jeweilige Ziel berücksichtigen;
- die Auswirkungen des Profilings auf die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person berücksichtigen – dies sollte sich auf das zur Erreichung des Ziels notwendige Mindestmaß beschränken – und
- eine Abwägung vornehmen.

Es muss stets abgewogen werden zwischen den konkurrierenden Interessen des Verantwortlichen und den (persönlichen, sozialen oder beruflichen) Widerspruchsründen der betroffenen Person. Anders als in der Richtlinie 95/46/EG liegt die Beweislast für das Bestehen zwingender schutzwürdiger Gründe nicht bei der betroffenen Person, sondern beim Verantwortlichen.

Anhand des Wortlauts von Artikel 21 wird klar, dass das Abwägen sich vom Abwägen nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f unterscheidet. Es reicht demnach also nicht aus, dass der Verantwortliche lediglich nachweist, dass seine zuvor erfolgte Untersuchung des berechtigten Interesses richtig war. Vielmehr muss bei der Abwägung nachgewiesen werden, dass das berechtigte Interesse *zwingend* ist, was es erschwert, Widersprüche außer Kraft zu setzen.

Artikel 21 Absatz 2 gewährt der betroffenen Person ein *bedingungsloses* Recht, gegen die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zwecks Direktwerbung einschließlich mit dieser verbundenem Profiling Widerspruch einzulegen³¹. Somit müssen keine Interessen abgewogen werden;

²⁸ Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe d DSGVO.

²⁹ Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe c DSGVO.

³⁰ Siehe die Erläuterung zur Rechtmäßigkeit, Stellungnahme 06/2014 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG. 9. April 2014. Seiten 30-34 http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Abgerufen am 24. April 2017.

³¹ Gemäß Artikel 12 Absatz 2 sollten Verantwortliche, die personenbezogene Daten zwecks Direktwerbung erheben, zum Zeitpunkt der Erhebung in Betracht ziehen, den betreffenden Personen eher eine einfache Möglichkeit zu bieten, der Verwendung ihrer personenbezogenen Daten zwecks Direktwerbung zu

der Verantwortliche muss die Wünsche der Betroffenen respektieren, ohne die Widerspruchsgründe infrage zu stellen. In Erwägungsgrund 70 wird dieses Recht näher ausgeführt: Es kann jederzeit unentgeltlich ausgeübt werden.

IV. Spezifische Bestimmungen zu ausschließlich automatisierten Entscheidungen nach Artikel 22

Artikel 22 Absatz 1 besagt Folgendes:

„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 Weise erheblich beeinträchtigt*.“

Der Begriff „Recht“ bedeutet hier nicht, dass Artikel 22 Absatz 1 nur gilt, wenn die betroffene Person aktiv davon Gebrauch macht. In Artikel 22 Absatz 1 wird die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidungsfindung generell verboten. Dieses Verbot gilt unabhängig davon, ob die betroffene Person bezüglich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten tätig wird oder nicht.

Zusammengefasst ist in Artikel 22 Folgendes geregelt:

- i) Generell ist eine vollständig automatisierte Entscheidung im Einzelfall einschließlich Profiling verboten, die rechtliche Wirkung entfaltet oder in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt;
- ii) Es gibt Ausnahmen von dieser Regel;
- iii) Wenn eine dieser Ausnahmen Anwendung findet, müssen Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person vorhanden sein³².

Mit dieser Auslegung wird die Idee bekräftigt, dass die betroffene Person die Kontrolle über ihre personenbezogenen Daten hat, was im Einklang mit den Grundprinzipien der DSGVO steht. Legt man Artikel 22 eher als Verbot als Recht aus, auf das sich berufen werden kann, sind betroffene Personen automatisch vor den möglichen Auswirkungen dieser Art der Verarbeitung geschützt. Der Wortlaut des Artikels legt diese Absicht nahe, die noch von Erwägungsgrund 71 untermauert wird, in dem es heißt:

„Eine auf einer derartigen Verarbeitung, einschließlich des Profilings, beruhende Entscheidungsfindung **sollte allerdings erlaubt sein**, wenn dies nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten ... ausdrücklich zulässig ist ... oder wenn dies für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags ... erforderlich ist oder wenn die betroffene Person ihre ausdrückliche Einwilligung hierzu erteilt hat.“

Dies bedeutet, dass eine Verarbeitung gemäß Artikel 22 Absatz 1 nicht generell erlaubt ist³³.

widersprechen, als von ihnen zu einem späteren Zeitpunkt zu verlangen, von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen.

³² In Erwägungsgrund 71 heißt es: „In jedem Fall sollte eine solche Verarbeitung mit angemessenen Garantien verbunden sein, einschließlich der spezifischen Unterrichtung der betroffenen Person und des Anspruchs auf direktes Eingreifen einer Person, auf Darlegung des eigenen Standpunkts, auf Erläuterung der nach einer entsprechenden Bewertung getroffenen Entscheidung sowie des Rechts auf Anfechtung der Entscheidung.“

³³ Weitere Anmerkungen zur Auslegung von Artikel 22 als Verbot finden sich in Anhang 2.

Das Verbot nach Artikel 22 Absatz 1 gilt jedoch *nur* in bestimmten Fällen, wenn eine ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung einschließlich Profiling beruhende Entscheidung rechtliche Wirkung auf eine Person entfaltet oder sie in ähnlicher Weise beeinträchtigt, wie in den Leitlinien weiter erläutert wird. Selbst in diesen Fällen gibt es Ausnahmen, in denen eine solche Verarbeitung zulässig ist.

Die erforderlichen Schutzmaßnahmen, auf die später näher eingegangen wird, umfassen das Recht auf Information (um das es in den Artikeln 13 und 14 geht – insbesondere auf den Erhalt aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen für die betroffene Person) und Garantien wie das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person und das Recht auf Anfechtung der Entscheidung (siehe Artikel 22 Absatz 3).

Eine Verarbeitung, die voraussichtlich ein hohes Risiko für die betroffene Person darstellt, erfordert die Durchführung einer [Datenschutz-Folgenabschätzung \(DSFA\)](#)³⁴ durch den Verantwortlichen. Neben der Befassung mit weiteren Risiken im Zusammenhang mit der Verarbeitung kann eine DSFA vor allem für Verantwortliche sinnvoll sein, die sich unsicher sind, ob ihre vorgeschlagenen Aktivitäten unter die Definition in Artikel 22 Absatz 1 fallen und, falls sie aufgrund einer benannten Ausnahme zulässig sind, welche Schutzmaßnahmen angewandt werden müssen.

A. „Ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung“

Artikel 22 Absatz 1 bezieht sich auf ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidungen. Dies bedeutet, dass an der Entscheidungsfindung keine Person beteiligt ist.

Beispiel

Bei einem automatisierten Prozess wird eine Empfehlung zu einer betroffenen Person erzeugt. Wenn bei der endgültigen Entscheidung eine Person weitere Faktoren prüft und berücksichtigt, würde diese Entscheidung nicht „ausschließlich“ auf automatisierter Verarbeitung „beruhen“.

Der Verantwortliche kann die Bestimmungen von Artikel 22 nicht umgehen, indem er eine Person in die Entscheidung einbezieht. Wenn jemand beispielsweise routinemäßig automatisch erstellte Profile auf Personen anwendet, die keinen tatsächlichen Einfluss auf das Ergebnis haben, wäre dies dennoch eine ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung.

Um für eine direkte Einbeziehung einer Person zu sorgen, muss der Verantwortliche gewährleisten, dass es sich nicht nur um eine symbolische Geste handelt, sondern dass die Entscheidung einer echten Aufsicht unterliegt. Daher sollte die Entscheidung von einer Person getroffen werden, die zur Änderung derselben befugt und befähigt ist. Bei der entsprechenden Analyse sollten sämtliche maßgeblichen Daten berücksichtigt werden.

Im Rahmen der DSFA sollte der Verantwortliche den Umfang der menschlichen Beteiligung an der Entscheidungsfindung und die Phase, in der sie erfolgt, ermitteln und aufzeichnen.

³⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe. Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 „wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt“. 4. April 2017. Europäische Kommission. http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44137, abgerufen am 24. April 2017.

B. „Rechtliche Wirkung“ oder „in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“

Im Rahmen der DSGVO wurde zur Kenntnis genommen, dass eine automatisierte Entscheidungsfindung einschließlich Profiling für die Betroffenen schwerwiegende Folgen haben kann. In der DSGVO werden weder die „rechtliche Wirkung“ noch die Formulierung „in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“ näher definiert; allerdings wird anhand der Wortwahl klar, dass Artikel 22 nur schwerwiegende Auswirkungen abdeckt.

„Entscheidung mit rechtlicher Wirkung“

Eine rechtliche Wirkung verlangt, dass eine Entscheidung, die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruht, die Rechte einer Person betrifft, beispielsweise die Vereinigungsfreiheit, das Wahlrecht oder das Recht, rechtliche Schritte einzuleiten. Sie kann auch den rechtlichen Status einer Person oder deren Rechte aus einem Vertrag betreffen. Beispiele für diese Art der Wirkung sind automatisierte Entscheidungen zu Personen, die zu Folgendem führen:

- der Auflösung eines Vertrags;
- dem Anspruch auf bzw. der Verweigerung einer bestimmten gesetzlichen Sozialleistung wie z. B. Kindergeld oder Wohngeld;
- der Einreiseverweigerung in ein Land oder der Ablehnung der Einbürgerung.

„sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“

Auch wenn eine Entscheidungsfindung sich nicht auf die Rechte einer Person auswirkt, kann sie dennoch in den Anwendungsbereich von Artikel 22 fallen, wenn sie eine entsprechende Wirkung entfaltet oder die Person in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

Anders ausgedrückt, könnte die betroffene Person, selbst wenn sich ihre Rechte oder Pflichten nicht ändern, ausreichend beeinträchtigt werden, um den Schutz dieser Bestimmung zu benötigen. In der DSGVO wird die Formulierung „erheblich beeinträchtigt“ um „in ähnlicher Weise“ ergänzt (die es in Artikel 15 der Richtlinie 95/46/EG nicht gab). Daher muss die Grenze, ab der eine Beeinträchtigung als „*erheblich*“ anzusehen ist, ähnlich sein wie die Grenze, ab der eine Entscheidung rechtliche Wirkung entfaltet.

Erwägungsgrund 71 enthält folgende typische Beispiele: „automatische Ablehnung eines Online-Kreditanspruchs“ oder „Online-Einstellungsverfahren ohne jegliches menschliche Eingreifen“.

Damit die Datenverarbeitung eine Person erheblich beeinträchtigt, muss ihre Wirkung umfassend bzw. erwähnenswert sein. Es muss also die Möglichkeit bestehen, dass die Entscheidung

- die Umstände, das Verhalten oder die Entscheidungen der betroffenen Personen erheblich beeinträchtigt;
- die betroffene Person über einen längeren Zeitraum oder dauerhaft beeinträchtigt oder
- im schlimmsten Fall zum Ausschluss oder zur Diskriminierung von Personen führt.

Es lässt sich schwer genau definieren, was als *erheblich* genug einzustufen ist, damit die Grenze erreicht wird; in diese Kategorie könnten jedoch folgende Entscheidungen fallen:

- Entscheidungen, die sich auf die finanzielle Lage einer Person auswirken, beispielsweise ihre Kreditwürdigkeit;
- Entscheidungen, die den Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen betreffen;
- Entscheidungen, die den Zugang zu Arbeitsplätzen verwehren oder Personen ernsthaft benachteiligen;
- Entscheidungen, die sich auf den Zugang zu Bildung auswirken, beispielsweise Hochschulzulassungen.

Dies führt uns auch zum Thema Online-Werbung, bei der immer häufiger automatisierte Tools und ausschließlich automatisierte Entscheidungen im Einzelfall zum Tragen kommen. Neben der Einhaltung der allgemeinen Bestimmungen der DSGVO, um die es in Kapitel III geht, können auch die Bestimmungen der vorgeschlagenen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation relevant sein. Darüber hinaus müssen auch Kinder verstärkt geschützt werden, wie in Kapitel V näher ausgeführt wird.

In vielen typischen Fällen wird die Entscheidung, auf Profiling beruhende gezielte Werbung zu präsentieren, Personen nicht in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen, zum Beispiel wenn Werbung für einen Online-Shop eines Mainstream-Modehändlers angezeigt wird, die auf folgendem einfachen demografischen Profil beruht: „Frauen im Raum Brüssel im Alter von 25 bis 35 Jahren, die wahrscheinlich Interesse an Mode und bestimmten Bekleidungsartikeln haben“.

Es ist allerdings möglich, dass es in Abhängigkeit von den jeweiligen Umständen doch zu erheblichen Beeinträchtigungen kommt, beispielsweise

- durch den eingreifenden Charakter des Profiling-Prozesses, wenn beispielsweise Personen über mehrere Websites, Geräte oder Dienste verfolgt werden;
- die Erwartungen und Wünsche der betroffenen Personen;
- die Art und Weise der Werbeanzeige oder
- die Ausnutzung von Schwachstellen der betroffenen Personen, an die sich die Anzeige richtet.

Eine Verarbeitung, die mit geringen Auswirkungen für die betroffenen Personen verbunden sein kann, kann für bestimmte gesellschaftliche Gruppen wie Minderheiten oder unterstützungsbedürftige Erwachsene jedoch mitunter erhebliche Auswirkungen mit sich bringen. So kann es beispielsweise sein, dass jemand, der bekanntermaßen oder wahrscheinlich in finanziellen Schwierigkeiten steckt und regelmäßig gezielte Werbung für hochverzinsliche Darlehen erhält, diese Angebote unterschreibt und dadurch möglicherweise weitere Schulden macht.

Automatisierte Entscheidungen, die in Abhängigkeit von personenbezogenen Daten oder persönlichen Eigenschaften zu unterschiedlichen Preisangeboten führen, könnten ebenfalls erheblich beeinträchtigen, wenn beispielsweise bestimmte Personen aufgrund übermäßig hoher Preise von bestimmten Waren oder Dienstleistungen ausgeschlossen werden.

Ähnliche erhebliche Beeinträchtigungen könnte auch das Handeln anderer Personen als derjenigen, auf die sich die automatisierte Entscheidung beziehen, auslösen. Dies wird nachfolgend anhand eines Beispiels erläutert.

Beispiel

Ein Kreditkartenunternehmen könnte das Kartenlimit eines Kunden reduzieren, und zwar nicht aufgrund seines bisherigen Rückzahlverhaltens, sondern aufgrund unkonventioneller Kreditvergabekriterien wie z. B. der Analyse anderer Kunden in demselben Gebiet, die bei denselben Läden einkaufen.

Dadurch könnten der betroffenen Person durch das Handeln Dritter Möglichkeiten verwehrt werden.

In einem anderen Kontext könnte die Verwendung dieser Eigenschaften den Vorteil mit sich bringen, dass Personen ohne konventionelle Kredithistorie, denen ein Kredit ansonsten verwehrt bliebe, einen Kredit bekommen.

C. Ausnahmen von dem Verbot

Wie bereits beschrieben, enthält Artikel 22 Absatz 1 ein generelles Verbot ausschließlich automatisierter Entscheidungen im Einzelfall mit rechtlicher Wirkung oder ähnlich erheblicher Beeinträchtigung der betroffenen Person.

Dies bedeutet, dass der Verantwortliche keine Verarbeitung nach Artikel 22 Absatz 1 vornehmen sollte, sofern nicht eine der Ausnahmen nach Artikel 22 Absatz 2 gilt, bei denen die Entscheidung

- a) für die Erfüllung oder den Abschluss eines Vertrags erforderlich ist;
- 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 oder
- c) mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt.

Betrifft die Entscheidung in Artikel 9 Absatz 1 definierte besondere Datenkategorien, muss der Verantwortliche zudem die Einhaltung der Bedingungen von Artikel 22 Absatz 4 sicherstellen.

1. **Erfüllung eines Vertrags**

Es kann auch sein, dass der Verantwortliche für vertragliche Zwecke ausschließlich automatisierte Entscheidungen nutzen möchte, weil er denkt, das Ziel so am besten erreichen zu können. Denn eine routinemäßige Einbeziehung von Personen kann aufgrund der reinen zu verarbeitenden Datenmenge mitunter unpraktisch oder schlicht unmöglich sein.

Der Verantwortliche muss nachweisen können, dass diese Art der Verarbeitung erforderlich ist, und dabei berücksichtigen, ob auch ein weniger in die Privatsphäre eingreifendes Verfahren angewandt werden könnte.³⁵ Sind für das Erreichen desselben Ziels andere wirksame und weniger eingreifende Mittel verfügbar, wäre diese Art der Verarbeitung nicht „erforderlich“.

Die in Artikel 22 Absatz 1 beschriebene automatisierte Entscheidungsfindung kann auch zur vorvertraglichen Verarbeitung erforderlich sein.

Beispiel

Ein Unternehmen veröffentlicht eine Stellenanzeige. Da das Unternehmen ein beliebter Arbeitgeber ist, gehen zehntausende Bewerbungen ein. Aufgrund der außergewöhnlich hohen Anzahl an Bewerbungen sieht es das Unternehmen als praktisch unmöglich an, passende Bewerber zu ermitteln, ohne nicht infrage kommende Bewerbungen mithilfe vollständig automatisierter Verfahren

³⁵ Buttarelli, Giovanni. Beurteilung der Erforderlichkeit von Maßnahmen, die das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten einschränken: Ein Toolkit. Europäischer Datenschutzbeauftragter, 11. April 2017, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-06-01_necessity_toolkit_final_de.pdf, abgerufen am 24. April 2017

auszusortieren. In diesem Fall kann eine automatisierte Entscheidungsfindung erforderlich sein, um eine kurze Liste möglicher Bewerber zu erstellen, mit der Absicht, mit einer betroffenen Person einen Vertrag zu schließen.

Kapitel III (Abschnitt B) enthält weitere Informationen zu Verträgen als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung.

2. Aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten zulässig

Automatisierte Entscheidungen einschließlich Profiling könnten auch im Rahmen von Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b stattfinden, wenn dies nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten zulässig ist. Die einschlägigen Rechtsvorschriften müssen zudem angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten.

Gemäß Erwägungsgrund 71 könnte dies auch die Verwendung automatisierter Entscheidungen nach Artikel 22 Absatz 1 umfassen, um Betrug und Steuerhinterziehung zu überwachen und zu verhindern und die Sicherheit und Zuverlässigkeit eines von dem Verantwortlichen bereitgestellten Dienstes zu gewährleisten.

3. Ausdrückliche Einwilligung

Artikel 22 verlangt die *ausdrückliche* Einwilligung. Eine Verarbeitung entsprechend der Definition von Artikel 22 Absatz 1 birgt erhebliche Risiken hinsichtlich des Datenschutzes, weshalb eine starke individuelle Kontrolle über die personenbezogenen Daten angemessen erscheint.

Die „ausdrückliche Einwilligung“ wird in der DSGVO nicht definiert. Orientierungshilfen zu deren Auslegung enthalten die Leitlinien der G29 in Bezug auf die die Einwilligung³⁶.

Kapitel III (Abschnitt B) enthält weitere Informationen zur Einwilligung im Allgemeinen.

D. Besondere Kategorien personenbezogener Daten – Artikel 22 Absatz 4

Die (in Artikel 22 Absatz 1) beschriebene automatisierte Entscheidungsfindung, die besondere Kategorien personenbezogener Daten umfasst, ist nur unter folgenden kumulativen Bedingungen zulässig (Artikel 22 Absatz 4):

- Es gilt eine Ausnahme nach Artikel 22 Absatz 2 und
- es findet Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a oder g Anwendung.

Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a – ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person oder

Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe g – die Verarbeitung ist auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats, das in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht, den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz wahrt und angemessene und spezifische Maßnahmen

³⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe. Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679. 28. November 2017, http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=48849, abgerufen am 18. Dezember 2017.

zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person vorsieht, aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses erforderlich.

In beiden Fällen muss der Verantwortliche angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person treffen.

E. Rechte der betroffenen Person³⁷

1. Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe f und Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe g – Recht auf Information

Angesichts der potenziellen Risiken und Beeinträchtigungen, die Profiling nach Artikel 22 für die Rechte der betroffenen Personen mit sich bringt, sollten die Verantwortlichen ihre Transparenzpflichten besonders ernst nehmen.

Nach Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe f und Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe g müssen die Verantwortlichen spezifische, leicht zugängliche Informationen über ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhende Entscheidungen zur Verfügung stellen, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen³⁸.

Trifft der Verantwortliche automatisierte Entscheidungen nach Artikel 22 Absatz 1, muss er

- der betroffenen Person mitteilen, dass er dies tut;
- aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik liefern und
- die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung erläutern.

Die Bereitstellung dieser Informationen wird den Verantwortlichen darüber hinaus bei der Einhaltung eines Teils der in Artikel 22 Absatz 3 und Erwägungsgrund 71 genannten Garantien unterstützen.

Wenn die automatisierte Entscheidungsfindung und das Profiling nicht die Definition in Artikel 22 Absatz 1 erfüllen, entspricht es dennoch einer guten Praxis, die oben genannten Informationen zur Verfügung zu stellen. In jedem Fall muss der Verantwortliche der betroffenen Person ausreichende Informationen übermitteln, um eine faire Verarbeitung zu gewährleisten,³⁹ und alle übrigen Informationsanforderungen der Artikel 13 und 14 einhalten.

Aussagekräftige Informationen über die „involvierte Logik“

Durch die Zunahme und Komplexität des maschinellen Lernens kann es schwierig sein, die Funktionsweise einer automatisierten Entscheidungsfindung oder Profiling zu verstehen.

³⁷ In Artikel 12 der DSGVO werden die Modalitäten für die Ausübung der Rechte der betroffenen Person festgelegt.

³⁸ Gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4. Die Guidelines on transparency (Leitlinien der G29 über Transparenz) umfassen die in den Artikeln 13 und 14 genannten allgemeinen Informationsanforderungen.

³⁹ Erwägungsgrund 60 der DSGVO: „Der Verantwortliche sollte der betroffenen Person alle weiteren Informationen zur Verfügung stellen, die unter Berücksichtigung der besonderen Umstände und Rahmenbedingungen, unter denen die personenbezogenen Daten verarbeitet werden, notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten. Darüber hinaus sollte er die betroffene Person darauf hinweisen, dass Profiling stattfindet und welche Folgen dies hat.“

Der Verantwortliche sollte daher einfache Möglichkeiten finden, die betroffene Person über die der Entscheidungsfindung zugrunde liegenden Überlegungen bzw. Kriterien zu informieren. Die DSGVO verpflichtet den Verantwortlichen zur Übermittlung aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik, nicht unbedingt zu einer ausführlichen Erläuterung der verwendeten Algorithmen oder zur Offenlegung des gesamten Algorithmus⁴⁰. Die zur Verfügung gestellten Informationen sollten jedoch so umfassend sein, dass die betroffene Person die Gründe für die Entscheidung nachvollziehen kann.

Beispiel

Ein Verantwortlicher nutzt die Bonitätseinschätzung zu einer Person zur Bewertung und Ablehnung ihres Kreditantrags. Die Einschätzung kann dabei von einer Kreditauskunftei stammen oder direkt anhand von beim Verantwortlichen gespeicherten Informationen berechnet worden sein.

Unabhängig von der Quelle (die Informationen über die Quelle müssen der betroffenen Person gemäß Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe f übermittelt werden, wenn die personenbezogenen Daten nicht von ihr selbst zur Verfügung gestellt wurden) muss der Verantwortliche in der Lage sein, sofern er sich auf diese Einschätzung stützt, der betroffenen Person diese und die zugrunde liegenden Überlegungen zu erklären.

Der Verantwortliche erläutert, dass er dadurch faire und verantwortungsvolle Entscheidungen bezüglich der Kreditvergabe treffen kann. Er nennt Einzelheiten der wichtigsten bei der Entscheidungsfindung berücksichtigten Merkmale, die Quelle dieser Informationen und die Relevanz. Dies könnten z. B. sein:

- die von der betroffenen Person auf dem Antragsformular zur Verfügung gestellten Informationen;
- Informationen über ihr bisheriges Kontoverhalten einschließlich etwaiger Zahlungsverzögerungen und
- offizielle Informationen aus öffentlichen Verzeichnissen wie Informationen zu Betrugs- und Insolvenzfällen.

Der Verantwortliche stellt auch Informationen zur Verfügung, um der betroffenen Person mitzuteilen, dass die Methoden zur Bonitätseinschätzung regelmäßig überprüft werden, um sicherzustellen, dass sie fair, effektiv und unabhängig sind.

Der Verantwortliche teilt der betroffenen Person gemäß der Bestimmungen von Artikel 22 Absatz 3 Kontaktdaten mit, damit sie die Überprüfung des abgelehnten Kreditantrags beantragen kann.

„Tragweite“ und „angestrebte Auswirkungen“

Diese Formulierung legt nahe, dass Informationen über eine beabsichtigte bzw. künftige Verarbeitung sowie über die potenziellen Auswirkungen der automatisierten Entscheidungsfindung auf die betroffene Person zur Verfügung gestellt werden müssen⁴¹. Damit diese Informationen aussagekräftig

⁴⁰Komplexität ist keine Entschuldigung für eine nicht erfolgte Information der betroffenen Person. Erwägungsgrund 58 zufolge gilt der Grundsatz der Transparenz „insbesondere für Situationen, wo die große Zahl der Beteiligten und die Komplexität der dazu benötigten Technik es der betroffenen Person schwer machen, zu erkennen und nachzuvollziehen, ob, von wem und zu welchem Zweck sie betreffende personenbezogene Daten erfasst werden, wie etwa bei der Werbung im Internet.“

⁴¹ Europarat. Draft Explanatory Report on the modernised version of CoE Convention 108 (Entwurf eines erläuternden Berichts zur Modernisierung des Übereinkommens 108 des Europarats), Randnummer 75: „Data

und verständlich sind, sollten echte, greifbare Beispiele für die Art der möglichen Auswirkungen genannt werden.

In einem digitalen Kontext könnten die Verantwortlichen zusätzliche Instrumente nutzen, um Auswirkungen dieser Art zu verdeutlichen.

Beispiel

Ein Versicherungsunternehmen verwendet automatisierte Entscheidungen für die Festsetzung von Versicherungsprämien für Kraftfahrzeuge, die auf der Überwachung des Fahrverhaltens der Kunden basieren. Zur Veranschaulichung der Tragweite und der angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung erläutert es, dass gefährliches Fahrverhalten zu höheren Versicherungsgebühren führen kann, und stellt seinen Kunden eine App zur Verfügung, bei der fiktive Fahrer miteinander verglichen werden, z. B. ein Fahrer mit gefährlichem Verhalten wie schnellem Beschleunigen und Bremsen in letzter Sekunde.

Anhand von Grafiken werden Tipps gegeben, wie dieses Verhalten verbessert und folglich die Versicherungsprämie reduziert werden kann.

Die Verantwortlichen können anhand ähnlicher visueller Techniken erläutern, wie Entscheidungen gefällt wurden.

2. Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe h – Auskunftsrecht

Gemäß Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe h haben die betroffenen Personen das Recht auf dieselben Informationen über ausschließlich automatisierte Entscheidungen einschließlich Profiling wie nach Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe f und Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe g, nämlich das Recht auf Auskunft über

- das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling,
- aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik und
- die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.

Der Verantwortliche sollte der betroffenen Person diese Informationen in Übereinstimmung mit seinen Pflichten nach Artikel 13 bereits zur Verfügung gestellt haben⁴².

subjects should be entitled to know the reasoning underlying the processing of their data, including the consequences of such a reasoning, which led to any resulting conclusions, in particular in cases involving the use of algorithms for automated-decision making including profiling. For instance in the case of credit scoring, they should be entitled to know the logic underpinning the processing of their data and resulting in a ‘yes’ or ‘no’ decision, and not simply information on the decision itself. Without an understanding of these elements there could be no effective exercise of other essential safeguards such as the right to object and the right to complain to a competent authority.” (Die betroffenen Personen sollten das Recht haben, die Gründe für die Verarbeitung ihrer Daten einschließlich deren Folgen, die zu Schlussfolgerungen führen, zu kennen, insbesondere in Fällen, in denen zur automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling Algorithmen verwendet werden. Bei Bonitätseinschätzungen sollten sie z. B. die der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zugrunde liegende Logik kennen, die zur Beurteilung mit „Ja“ oder „Nein“ führt, und nicht nur die Information über die Entscheidung selbst erhalten. Ohne diese Elemente zu kennen, können andere wesentliche Garantien wie das Widerspruchsrecht und das Beschwerderecht bei der zuständigen Behörde nicht wirksam ausgeübt werden.)

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806b66c2>. Abgerufen am 24. April 2017.

⁴² In Artikel 12 Absatz 3 der DSGVO werden die entsprechenden Fristen geklärt.

Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe h besagt, dass der Verantwortliche der betroffenen Person Auskunft über die *angestrebten Auswirkungen* der Verarbeitung erteilen sollte, statt eine *bestimmte* Entscheidung zu erläutern. In Erwägungsgrund 63 wird dies durch die Aussage erläutert, dass jede betroffene Person „ein Anrecht darauf haben“ sollte, von der automatisierten Datenverarbeitung „zu wissen und zu erfahren“, unter anderem „nach welcher Logik (sie) ... erfolgt“ und „*zumindest* in Fällen, in denen die Verarbeitung auf Profiling beruht“, „welche Folgen eine solche Verarbeitung haben kann“.

Durch Ausübung der Rechte nach Artikel 15 kann die betroffene Person von einer sie betreffenden Entscheidung – einschließlich einer auf Profiling beruhenden Entscheidung – erfahren.

Der Verantwortliche sollte der betroffenen Person allgemeine Informationen übermitteln (vor allem zu bei der Entscheidungsfindung berücksichtigten Faktoren und deren „Gewichtung“ auf aggregierter Ebene), die auch für die Anfechtung der Entscheidung seitens der betroffenen Person nützlich sind.

F. Festlegung geeigneter Garantien

Falls die Grundlage für die Verarbeitung Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a oder Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe c ist, muss der Verantwortliche gemäß Artikel 22 Absatz 3 angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person treffen. Nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b müssen die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats oder der Union, nach denen die Verarbeitung zulässig ist, auch angemessene diesbezügliche Maßnahmen enthalten.

Dazu sollten mindestens das Recht der betroffenen Person auf Erwirkung des Eingreifens einer Person, das Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts und das Recht auf Anfechtung der Entscheidung gehören.

Das Eingreifen einer Person stellt das wichtigste Element dar. Jede Überprüfung muss durch eine Person erfolgen, die zur Änderung der Entscheidung befugt und befähigt ist. Diese Person sollte alle relevanten Daten einschließlich etwaiger zusätzlicher von der betroffenen Person übermittelter Informationen gründlich prüfen.

Gemäß Erwägungsgrund 71 müssen die angemessenen Garantien *in jedem Fall* Folgendes umfassen:

... eine spezifische Unterrichtung der betroffenen Person und ... den Anspruch auf Erläuterung der nach einer entsprechenden Bewertung getroffenen Entscheidung sowie das Recht auf Anfechtung der Entscheidung.

Der Verantwortliche muss eine einfache Ausübung dieser Rechte ermöglichen.

Dies macht Transparenz bei der Verarbeitung erforderlich. Die betroffene Person kann eine Entscheidung nur anfechten bzw. ihren Standpunkt nur darlegen, wenn ihr vollkommen klar ist, wie und auf welcher Grundlage die Entscheidung zustande gekommen ist. Transparenzanforderungen werden in Kapitel V (Abschnitt E) erörtert.

Fehler bzw. Verzerrungen bei erhobenen oder weitergeleiteten Daten oder Fehler bzw. Verzerrungen bei automatisierten Entscheidungen können Folgendes nach sich ziehen:

- fehlerhafte Kategorisierungen und
- auf ungenauen Prognosen beruhende Bewertungen, die
- negative Auswirkungen für die Betroffenen haben.

Die Verantwortlichen sollten die von ihnen verarbeiteten Datensätze häufigen Bewertungen unterziehen, um Verzerrungen aufzuspüren und Möglichkeiten zu entwickeln, benachteiligende Elemente wie ein zu starkes Verlassen auf Zusammenhänge anzugehen. Weitere sinnvolle Maßnahmen sind Systeme, die Algorithmen prüfen, sowie regelmäßige Überprüfungen der Richtigkeit und Relevanz automatisierter Entscheidungen einschließlich Profiling.

Die Verantwortlichen sollten geeignete Verfahren und Maßnahmen einführen, um Fehler, Unrichtigkeiten⁴³ oder Diskriminierung auf der Grundlage besonderer Datenkategorien zu vermeiden. Diese Maßnahmen sollten zyklisch angewandt werden, nicht nur in der Planungsphase, sondern auch durchgehend, wenn Profiling auf Personen angewandt wird. Das Ergebnis dieser Prüfung sollte wieder in den Systemaufbau einfließen.

Weitere Beispiele für geeignete Garantien finden sich im Abschnitt zu den [Empfehlungen](#).

V. **Kinder und Profiling**

In der DSGVO werden den Verantwortlichen zusätzliche Pflichten auferlegt, wenn es um die Verarbeitung der personenbezogenen Daten von Kindern geht.

In Artikel 22 selbst wird bezüglich der Verarbeitung nicht zwischen Erwachsenen oder Kindern unterschieden. In Erwägungsgrund 71 heißt es jedoch, dass Kinder nicht von einer ausschließlich automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling mit Rechtswirkung oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigender Wirkung betroffen sein sollten⁴⁴. Da diese Formulierung in dem Artikel selbst nicht enthalten ist, stellt dies nach Ansicht der G29 kein absolutes Verbot dieser Art der Verarbeitung in Bezug auf Kinder dar. Im Hinblick auf diesen Erwägungsgrund empfiehlt die G29 den Verantwortlichen jedoch, sich generell nicht zur Rechtfertigung auf die Ausnahmen in Artikel 22 Absatz 2 zu berufen.

Es kann dennoch Fälle geben, in denen Verantwortliche ausschließlich automatisierte Entscheidungen einschließlich Profiling treffen bzw. vornehmen müssen, die eine Rechtswirkung auf Kinder entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen, zum Beispiel zum Schutz ihres Wohlergehens. In diesen Fällen kann die Verarbeitung auf der Grundlage der Ausnahmen in Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a, b oder c erfolgen.

In diesen Fällen müssen angemessene Garantien vorhanden sein, wie in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b und Artikel 22 Absatz 3 vorgeschrieben, die für Kinder geeignet sein müssen. Der Verantwortliche muss sicherstellen, dass die Rechte, Freiheiten und berechtigten Interessen der Kinder, deren Daten verarbeitet werden, mit diesen Garantien wirksam geschützt werden.

Der Notwendigkeit des besonderen Schutzes von Kindern wird in Erwägungsgrund 38 Rechnung getragen, der folgendermaßen lautet:

⁴³ In Erwägungsgrund 71 der DSGVO steht:

„Um unter Berücksichtigung der besonderen Umstände und Rahmenbedingungen, unter denen die personenbezogenen Daten verarbeitet werden, der betroffenen Person gegenüber eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten, sollte der für die Verarbeitung Verantwortliche geeignete mathematische oder statistische Verfahren für das Profiling verwenden, technische und organisatorische Maßnahmen treffen, mit denen in geeigneter Weise insbesondere sichergestellt wird, dass Faktoren, die zu unrichtigen personenbezogenen Daten führen, korrigiert werden und das Risiko von Fehlern minimiert wird, ...“

⁴⁴ Erwägungsgrund 71 – „Diese Maßnahme sollte kein Kind betreffen.“

„Kinder verdienen bei ihren personenbezogenen Daten besonderen Schutz, da Kinder sich der betreffenden Risiken, Folgen und Garantien und ihrer Rechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten möglicherweise weniger bewusst sind. Ein solcher besonderer Schutz sollte insbesondere die Verwendung personenbezogener Daten von Kindern *für Werbezwecke oder für die Erstellung von Persönlichkeits- oder Nutzerprofilen und die Erhebung von personenbezogenen Daten von Kindern bei der Nutzung von Diensten, die Kindern direkt angeboten werden, betreffen.*“

Artikel 22 hindert Verantwortliche nicht daran, ausschließlich automatisierte Entscheidungen zu Kindern zu treffen, wenn die Entscheidung keine Rechtswirkung auf das Kind entfaltet oder es in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Allerdings könnten ausschließlich automatisierte Entscheidungen, die die Wahlmöglichkeiten und das Verhalten eines Kindes beeinflussen, potenziell Rechtswirkung auf Kinder entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen – je nachdem, um welche Wahlmöglichkeiten und welches Verhalten es jeweils geht.

Da Kinder eine schutzbedürftigere gesellschaftliche Gruppe darstellen, sollten Unternehmen generell davon Abstand nehmen, bei ihnen zu Werbezwecken Profiling anzuwenden⁴⁵. Kinder können im Online-Bereich besonders empfänglich sein und sich von auf ihr Verhalten abzielender Werbung leichter beeinflussen lassen. So kann Profiling bei Online-Spielen beispielsweise gezielt bei Spielern zum Einsatz kommen, die dem Algorithmus zufolge mit größerer Wahrscheinlichkeit Geld für das Spiel ausgeben werden; diese Spieler werden dann auch mehr personalisierte Anzeigen erhalten. Alter und Reife des Kindes können sich auf seine Fähigkeit auswirken, die Motivation hinter dieser Art von Werbung bzw. die Konsequenzen zu verstehen⁴⁶.

Artikel 40 Absatz 2 Buchstabe g bezieht sich ausdrücklich auf die Ausarbeitung von Verhaltensregeln mit Garantien für Kinder; bestehende Verhaltensregeln können auch erweitert werden⁴⁷.

VI. Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Datenschutzbeauftragter (DSB)

Die Rechenschaftspflicht ist ein wichtiger Bereich und eine ausdrückliche Anforderung im Rahmen der DSGVO.⁴⁸

⁴⁵ In der Stellungnahme 02/2013 der G29 zu Apps auf intelligenten Endgeräten (WP202), die am 27. Februar 2013 angenommen wurde, heißt es auf Seite 34 in dem speziellen Abschnitt 3.10 zu Kindern: „Konkret sollten für die Verarbeitung Verantwortliche Daten von Kindern weder direkt noch indirekt für Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting verarbeiten, da dies über das Verständnis eines Kindes hinausgehen und damit die Grenzen der rechtmäßigen Verarbeitung überschreiten würde.“

⁴⁶ In einer EU-Studie zu [den Auswirkungen von Werbung durch soziale Medien, Online-Spiele und mobile Anwendungen auf das Verhalten von Kindern](#) wurde festgestellt, dass Werbepraktiken das Verhalten von Kindern ganz klar beeinflussen. Bei dieser Studie wurden Kinder im Alter von 6 bis 12 Jahren untersucht.

⁴⁷ Ein Beispiel für Verhaltensregeln in Bezug auf die Werbung bei Kindern sind die FEDMA-Verhaltensregeln, Begründung, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/2091875.pdf>, abgerufen am 15. Mai 2017. Siehe insbesondere: „6.2 Marketers targeting children, or for whom children are likely to constitute a section of their audience, should not exploit children’s credulity, loyalty, **vulnerability** or lack of experience. 6.8.5 Marketers should not make a child’s access to a website contingent on the collection of detailed personal information. In particular, special incentives such as prize offers and games should not be used to entice children to divulge detailed personal information.“ (6.2 Marketingfachleute, die sich an Kinder richten bzw. für die Kinder mit großer Wahrscheinlichkeit zur Zielgruppe gehören, sollten deren Leichtgläubigkeit, Loyalität, Anfälligkeit bzw. ihre mangelnde Erfahrung nicht ausnutzen. 6.8.5 Marketingfachleute sollten den Zugriff von Kindern zu einer Website nicht an die Erfassung detaillierter personenbezogener Informationen koppeln. Es sollten insbesondere keine besonderen Anreize wie Preise und Spiele angeboten werden, um die Kinder zur Angabe detaillierter personenbezogener Informationen zu verleiten.)

Die DSFA, eines der wichtigsten Instrumente zur Gewährleistung der Rechenschaftspflicht, ermöglicht es dem Verantwortlichen, die mit der automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling verbundenen Risiken zu beurteilen. Mit ihrer Hilfe kann nachgewiesen werden, dass angemessene Maßnahmen getroffen wurden, um diesen Risiken zu begegnen und die Einhaltung der DSGVO unter Beweis zu stellen.

In Artikel 35 Absatz 3 wird die Notwendigkeit der Durchführung einer DSFA durch den Verantwortlichen in folgenden Fällen hervorgehoben:

„eine „systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen, die sich auf automatisierte Verarbeitung *einschließlich* Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen;“

Artikel 35 Absatz 3 Buchstabe a bezieht sich auf Bewertungen einschließlich Profiling und Entscheidungen, die auf automatisierter Verarbeitung „gründen“, d.h. nicht „ausschließlich“ auf automatisierter Verarbeitung. Unserer Ansicht nach bedeutet dies, dass Artikel 35 Absatz 3 Buchstabe a auf Entscheidungen einschließlich Profiling mit Rechtswirkung oder ähnlichen erheblichen Beeinträchtigungen anwendbar sein wird, die *nicht* vollständig automatisiert erfolgen, sowie auf ausschließlich automatisierte Entscheidungen nach Artikel 22 Absatz 1.

Schwebt dem Verantwortlichen ein „Modell“ mit *ausschließlich* automatisierten Entscheidungen vor, die *erhebliche Auswirkungen* auf die jeweils betroffenen Personen haben und sich auf zu diesen erstellte *Profile* stützen, und *kann er sich nicht* auf die Einwilligung der betroffenen Person, einen Vertrag mit ihr oder ein Gesetz berufen, wonach dies zulässig ist, sollte er von diesem Modell Abstand nehmen.

Er kann dennoch ein „Modell“ mit auf Profiling beruhenden Entscheidungen ins Auge fassen, wenn er den Umfang des Eingreifens einer Person so deutlich erhöht, dass das Modell *nicht mehr auf einer vollständig automatisierten Entscheidungsfindung beruht*, auch wenn die Verarbeitung noch Risiken für die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person bergen könnte. Ist dies der Fall, muss der Verantwortliche gewährleisten, dass diese Risiken angegangen und die Anforderungen in Kapitel III dieser Leitlinien erfüllt werden können.

Eine DSFA kann für den Verantwortlichen auch eine sinnvolle Möglichkeit darstellen, zu ermitteln, welche Maßnahmen eingeführt werden müssen, um gegen die mit der Verarbeitung verbundenen Datenschutzrisiken vorzugehen. Diese Maßnahmen⁴⁹ könnten sein:

- Unterrichtung der betroffenen Person über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung und die involvierte Logik;
- Erläuterung der Tragweite und der angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung für die betroffene Person;
- Bereitstellung der Mittel zur Ablehnung der Entscheidung durch die betroffene Person und
- Einräumung des Rechts auf Darlegung des eigenen Standpunkts.

In Abhängigkeit von den Besonderheiten des jeweiligen Falls kann auch bei anderen Profiling-Tätigkeiten eine DSFA gewährleistet werden. Zur weiterführenden Information und Unterstützung bei

⁴⁸ Wie in Artikel 5 Absatz 2 der DSGVO vorgeschrieben.

⁴⁹ Dies spiegelt die Anforderungen in Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe f, Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe g und Artikel 22 Absatz 3 wider.

der Entscheidung, ob eine DSFA notwendig ist, können Verantwortliche die Leitlinien der G29 zur Datenschutz-Folgeabschätzung⁵⁰ konsultieren.

Eine weitere Anforderung an die Rechenschaftspflicht ist die Benennung eines DSB, wenn das Profiling und/oder die automatisierte Entscheidungsfindung eine Kerntätigkeit des Verantwortlichen darstellt und eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich macht (Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe b)⁵¹.

⁵⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe. Leitlinien zur Datenschutz-Folgeabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 „wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt“. 4. April 2017. http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44137, abgerufen am 24. April 2017.

⁵¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe. Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB“). 5. April 2017; http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612048, abgerufen am 22. Januar 2018.

ANHANG 1 – Empfehlungen für bewährte Verfahren

Die folgenden Empfehlungen für bewährte Verfahren sollen für die Datenverarbeitung Verantwortliche dabei unterstützen, die Anforderungen der DSGVO-Bestimmungen zu Profiling und automatisierten Entscheidungen zu erfüllen⁵².

| Artikel | Gegenstand | Empfehlung |
|--|----------------------------------|---|
| 5 Absatz 1 Buchstabe a, 12, 13, 14 | Recht, unterrichtet zu werden | <p>Für die allgemeinen Transparenzanforderungen sollten die Verantwortlichen die WP29 Guidelines on transparency (Leitlinien der G29 über Transparenz) (WP260) konsultieren.</p> <p>Neben den allgemeinen Anforderungen müssen die Verantwortlichen bei der Datenverarbeitung nach Artikel 22 aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik liefern.</p> <p>Statt umfangreicher mathematischer Erläuterungen der Funktionsweise von Algorithmen oder maschinellem Lernen sollten die Verantwortlichen der betroffenen Person z. B. folgende Informationen klar und übersichtlich zur Verfügung stellen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • die Kategorien von Daten, die bei Profiling oder automatisierten Entscheidungen verwendet wurden bzw. künftig verwendet werden; • warum diese Kategorien als relevant gelten; • wie die bei der automatisierten Entscheidungsfindung verwendeten Profile erstellt werden, wozu auch bei der Analyse verwendete Statistiken zählen; • warum dieses Profil für die automatisierte Entscheidungsfindung relevant ist und • wie es für eine Entscheidung zur betroffenen Person verwendet wird. <p>Diese Informationen werden für die betroffene Person generell von größerer Relevanz sein und zur Transparenz der Verarbeitung beitragen.</p> <p>Zur besseren Transparenz der Algorithmen könnten die Verantwortlichen interaktive Verfahren und Visualisierungstechniken in Betracht ziehen⁵³.</p> |

⁵² Die Verantwortlichen müssen zudem sicherstellen, dass sie über solide Verfahren verfügen, mit denen sie die Einhaltung ihrer Pflichten gemäß den Artikel 15 bis 22 innerhalb der in der DSGVO vorgeschriebenen Fristen sicherstellen.

⁵³ Information Commissioner's Office – Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection, Version 2.0, 03/2017. Seite 87, Randnummer 194, März 2017. <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf>, abgerufen am 24. April 2017.

| | | |
|---------------------------|---|---|
| 6 Absatz 1 Buchstabe a | Einwilligung als Grundlage für die Verarbeitung | Wenn sich die Verantwortlichen auf die Einwilligung als Grundlage für die Verarbeitung stützen, sollten sie die Leitlinien der G29 in Bezug auf die Einwilligung konsultieren (WP259). |
| 15 | Auskunftsrecht | Die Verantwortlichen sollten die Einführung eines Mechanismus in Erwägung ziehen, mit dem die betroffenen Personen ihr Profil einschließlich der Details der bei der Erstellung verwendeten Informationen und Quellen überprüfen können. |
| 16 | Recht auf Berichtigung | Verantwortliche, die den betroffenen Personen in Verbindung mit ihren Rechten nach Artikel 15 Zugang zu ihrem Profil gewähren, sollten ihnen die Möglichkeit geben, die Daten bzw. das Profil zu aktualisieren oder ungenaue Angaben zu korrigieren. Dies kann ihnen auch bei der Erfüllung ihrer Pflichten nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d helfen. Sie könnten zudem die Einführung von Online-Verwaltungstools für Präferenzen wie z. B. eines Datenschutz-Dashboards in Erwägung ziehen. Dadurch können die betroffenen Personen selbst verwalten, was mit ihren Informationen bei verschiedenen Diensten geschieht – und Einstellungen ändern, persönliche Details aktualisieren, ihr Profil überprüfen und überarbeiten, um falsche Angaben zu korrigieren. |
| 21 Absätze 1 und 2 | Widerspruchsrecht | Auf das Widerspruchsrecht nach Artikel 21 Absätze 1 und 2 sollte die betroffene Person ausdrücklich hingewiesen werden; dieser Hinweis sollte in einer verständlichen und von anderen Informationen getrennten Form erfolgen (Artikel 21 Absatz 4). Die Verantwortlichen müssen dafür sorgen, dass dieses Recht auf ihrer Website oder in relevanten Dokumenten gut sichtbar ist und nicht unter anderen Geschäftsbedingungen versteckt wird. |
| 22 und Erwägungsgrund 71 | Geeignete Garantien | Die folgende nicht vollständige Aufstellung enthält einige Vorschläge für bewährte Verfahren, die die Verantwortlichen bei (in Artikel 22 Absatz 1 definierten) ausschließlich automatisierten Entscheidungen einschließlich Profiling berücksichtigen sollten: <ul style="list-style-type: none"> • regelmäßige Qualitätskontrollen ihrer Systeme, um zu gewährleisten, dass betroffene Personen fair behandelt und nicht mithilfe besonderer Kategorien personenbezogener Daten oder anderweitig diskriminiert werden; • Algorithmusprüfung – Überprüfung der verwendeten und von Systemen des |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>maschinellen Lernens entwickelten Algorithmen, um nachzuweisen, dass sie wie beabsichtigt funktionieren und keine diskriminierenden, fehlerhaften oder ungerechtfertigten Ergebnisse erzeugen;</p> <ul style="list-style-type: none"> • bei der Prüfung durch einen unabhängigen „Dritten“ (wenn die auf Profiling beruhende Entscheidung erhebliche Auswirkungen auf die betroffenen Personen hat): Bereitstellung aller notwendigen Informationen über die Funktionsweise des Algorithmus oder des Systems des maschinellen Lernens an den Prüfer; • Erlangung der vertraglichen Zusicherung für Algorithmen Dritter, dass entsprechende Überprüfungen stattgefunden haben und der Algorithmus die vereinbarten Standards erfüllt; • spezielle Maßnahmen zur Datenminimierung mit eindeutigen Speicherfristen für Profile und bei der Erstellung bzw. Anwendung der Profile verwendete personenbezogene Daten; • Verwendung von Anonymisierungs- oder Pseudonymisierungstechniken beim Profiling; • Schaffung von Möglichkeiten für die betroffenen Personen, den eigenen Standpunkt darzulegen und die Entscheidung anzufechten, und • einen Mechanismus für das Eingreifen einer Person in klar definierten Fällen, z. B. Bereitstellung eines Links zu einem Berufungsverfahren zum Zeitpunkt der Übermittlung der automatisierten Entscheidung an die betroffene Person, mit vereinbarten Fristen zur Überprüfung der Entscheidung und einer namentlich genannten Anlaufstelle für Rückfragen. <p>Außerdem können die Verantwortlichen von folgenden Möglichkeiten Gebrauch machen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Zertifizierungsverfahren für Verarbeitungsvorgänge; • Verhaltensregeln für Überprüfungsverfahren, bei denen maschinelles Lernen zum Einsatz kommt; • Ethikkommissionen zur Beurteilung der potenziellen Nachteile und Vorteile bestimmter Profiling-Anwendungen für die Gesellschaft. |
|--|--|--|

ANHANG 2 – Die wichtigsten Bestimmungen der DSGVO

Die wichtigsten Bestimmungen der DSGVO, in denen es um Profiling und automatisierte Entscheidungsfindungen im Allgemeinen geht

| Artikel | Erwägungsgrund | Anmerkungen |
|-------------------------------|----------------|---|
| 3 Absatz 2 Buchstabe b | 24 | Die Beobachtung des Verhaltens von betroffenen Personen, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt. Erwägungsgrund 24 „... ob ihre Internetaktivitäten nachvollzogen werden, einschließlich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten, durch die von einer natürlichen Person ein Profil erstellt wird, das <i>insbesondere die Grundlage für sie betreffende Entscheidungen bildet</i> oder anhand dessen ihre persönlichen Vorlieben, Verhaltensweisen oder Gepflogenheiten analysiert oder vorausgesagt werden sollen“. |
| 4 Absatz 4 | 30 | Artikel 4 Absatz 4 Definition des Begriffs „Profiling“ Erwägungsgrund 30 „werden Online-Kennungen wie IP-Adressen und Cookie-Kennungen ... oder sonstige Kennungen wie Funkfrequenzkennzeichnungen zugeordnet. Dies kann Spuren hinterlassen, die insbesondere in Kombination mit eindeutigen Kennungen und anderen beim Server eingehenden Informationen <i>dazu benutzt werden können, um Profile der natürlichen Personen zu erstellen und sie zu identifizieren.</i> “ |
| 5 und 6 | 72 | Erwägungsgrund 72: „Das Profiling unterliegt den Vorschriften dieser Verordnung für die Verarbeitung personenbezogener Daten, wie etwa die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung [Artikel 6] oder die Datenschutzgrundsätze [Artikel 5].“ |
| 8 | 38 | Verwendung der personenbezogenen Daten von Kindern für Profiling-Zwecke. Erwägungsgrund 38: „Kinder verdienen ... besonderen Schutz. Ein solcher besonderer Schutz sollte insbesondere die Verwendung personenbezogener Daten von Kindern ... für die Erstellung von Persönlichkeits- oder Nutzerprofilen ... betreffen“. |
| 13 und 14 | 60 | Recht auf Information. Erwägungsgrund 60: „Darüber hinaus sollte er die betroffene Person <i>darauf hinweisen, dass Profiling stattfindet und welche Folgen dies hat.</i> “ |
| 15 | 63 | Auskunftsrecht. Erwägungsgrund 63: „ein Anrecht darauf haben zu wissen und zu erfahren, ... zu welchen Zwecken die personenbezogenen Daten verarbeitet werden ... und welche Folgen eine solche Verarbeitung haben kann, <i>zumindest</i> in Fällen, in denen die Verarbeitung auf Profiling beruht“. |
| 21 Absätze 1 und | 70 | Recht auf Widerspruch gegen Profiling. Erwägungsgrund 70 „... insoweit Widerspruch gegen eine solche ... Verarbeitung einschließlich des |

| | | |
|--------------------------------|-----------|---|
| 2 und 3 | | Profiling einlegen können, als sie mit dieser Direktwerbung zusammenhängt.“ |
| 23 | 73 | Erwägungsgrund 73: „Im Recht der Union oder der Mitgliedstaaten können Beschränkungen hinsichtlich bestimmter Grundsätze und hinsichtlich des ... Rechts auf Widerspruch, Entscheidungen, die auf der Erstellung von Profilen beruhen, ... vorgesehen werden, soweit dies in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und verhältnismäßig ist, ...“ um bestimmte Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses zu wahren. |
| 35 Absatz 3 Buchstabe a | 91 | Eine DSFA ist erforderlich im Falle „einer systematischen und umfassenden Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen, die sich <i>auf</i> automatisierte Verarbeitung einschließlich Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen“; Umfasst automatisierte Entscheidungen einschließlich Profiling, die nicht ausschließlich automatisiert erfolgen. |

Die wichtigsten Bestimmungen der DSGVO, in denen es um die automatisierte Entscheidungsfindung nach Artikel 22 geht

| Artikel | Erwägungsgrund | Anmerkungen |
|---|----------------|---|
| 13 Absatz 2 Buchstabe f und Absatz 2 Buchstabe g | 61 | Recht auf Auskunft über: <ul style="list-style-type: none"> • das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4; • aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik, • die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung. |
| 15 Buchstabe h | | Besondere Rechte auf Auskunft über das Bestehen einer ausschließlich automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling. |
| 22 Absatz 1 | 71 | Verbot ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhender Entscheidungen, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten/diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen. Neben den Erläuterungen im Haupttext der Leitlinien dienen folgende Punkte der Veranschaulichung der Gründe, warum Artikel 22 als Verbot ausgelegt wird: <ul style="list-style-type: none"> • Auch wenn es in Kapitel II um die Rechte der von der Verarbeitung betroffenen Person geht, betreffen die Bestimmungen der Artikel 12 bis 22 nicht ausschließlich die <i>aktive</i> Ausübung von Rechten. Einige dieser Rechte sind <i>passive</i> Rechte; nicht alle von ihnen beziehen sich auf Fälle, in denen die betroffene Person aktiv tätig wird, d. h. einen Antrag oder eine Beschwerde einreicht oder eine Forderung stellt. In den |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>Artikeln 15 bis 18 und 20 bis 21 geht es um die aktive Ausübung von Rechten durch die betroffene Person, in den Artikeln 13 und 14 um Pflichten, die der für die Verarbeitung Verantwortliche erfüllen muss, ohne dass die betroffene Person aktiv etwas unternimmt. Daher bedeutet die reine Aufnahme von Artikel 22 in dieses Kapitel nicht, dass es sich um ein Widerspruchsrecht handelt;</p> <ul style="list-style-type: none"> • In Artikel 12 Absatz 2 geht es um die Ausübung der Rechte der betroffenen Person gemäß den Artikeln 15 bis 22; was jedoch nicht bedeutet, dass Artikel 22 Absatz 1 selbst als Recht auszulegen ist. Es <i>existiert</i> ein aktives Recht in Artikel 22, das jedoch Teil der Garantien ist, die in den Fällen anzuwenden sind, wenn automatisierte Entscheidungen zulässig sind (Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a bis c – das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung. Es ist nur in diesen Fällen anwendbar, weil die in Artikel 22 Absatz 1 beschriebene Verarbeitung aus anderen Gründen verboten ist; • Artikel 22 befindet sich in einem Abschnitt der DSGVO mit der Überschrift „Widerspruchsrecht und automatisierte Entscheidungsfindung im Einzelfall“, was impliziert, dass es sich bei Artikel 22 <i>nicht</i> um ein Widerspruchsrecht wie in Artikel 21 handelt. Weiter hervorgehoben wird dies noch dadurch, dass Artikel 22 keine ebenso ausdrückliche Informationspflicht enthält wie Artikel 21 Absatz 4; • Sollte Artikel 22 als Widerspruchsrecht ausgelegt werden, wäre der Ausnahmefall in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe 2 nicht besonders sinnhaft. In dem betreffenden Ausnahmefall heißt es, dass eine automatisierte Entscheidung erfolgen kann, wenn die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat (siehe unten). Dies wäre widersprüchlich, da eine betroffene Person ein und derselben Verarbeitung nicht widersprechen und zustimmen kann; • Ein Widerspruch würde bedeuten, dass ein Eingreifen einer Person stattfinden muss. Die Ausnahmefälle in Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a und c setzen die Hauptregel in Artikel 22 Absatz 1 außer Kraft, aber nur solange die betroffene Person ein Eingreifen einer Person erwirken kann, wie in Artikel 22 Absatz 3 dargelegt wird. Da die betroffene Person (durch ihren Widerspruch) bereits das Eingreifen einer Person verlangt hat, würden Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a und c in jedem Fall automatisch umgangen und ihre Wirkung verlieren. <p>Erwägungsgrund 71: „... Zu einer derartigen Verarbeitung zählt auch das „Profiling“,</p> |
|--|--|--|

| | | |
|---------------------------------------|-----------|---|
| | | das in jeglicher Form automatisierter Verarbeitung personenbezogener Daten unter Bewertung der persönlichen Aspekte in Bezug auf eine natürliche Person besteht, insbesondere zur Analyse oder Prognose von Aspekten bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben oder Interessen, Zuverlässigkeit oder Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel der betroffenen Person ...“ „Diese Maßnahme sollte kein Kind betreffen.“ |
| 22 Absatz 2 Buchstaben a bis c | 71 | Artikel 22 Absatz 2 hebt das Verbot der Verarbeitung auf, wenn sie a) für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist, b) aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten zulässig ist oder c) mit ausdrücklicher Einwilligung erfolgt. Erwägungsgrund 71 enthält weitere Ausführungen zu Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b und besagt, dass die in Artikel 22 Absatz 1 beschriebene Verarbeitung: „allerdings erlaubt sein [sollte], wenn dies nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten, dem der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt, ausdrücklich zulässig ist, auch um im Einklang mit den Vorschriften, Standards und Empfehlungen der Institutionen der Union oder der nationalen Aufsichtsgremien Betrug und Steuerhinterziehung zu überwachen und zu verhindern und die Sicherheit und Zuverlässigkeit eines von dem Verantwortlichen bereitgestellten Dienstes zu gewährleisten ...“ |
| 22 Absatz 3 | 71 | In Artikel 22 Absatz 3 und Erwägungsgrund 71 wird darüber hinaus ausgeführt, dass selbst in den in Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a und c genannten Fällen die Verarbeitung mit angemessenen Garantien verbunden sein sollte. Erwägungsgrund 71: „einschließlich der spezifischen Unterrichtung der betroffenen Person und des Anspruchs auf direktes Eingreifen einer Person, auf Darlegung des eigenen Standpunkts, auf Erläuterung der nach einer entsprechenden Bewertung getroffenen Entscheidung sowie des Rechts auf Anfechtung der Entscheidung. Diese Maßnahme sollte kein Kind betreffen.“ |
| 23 | 73 | Erwägungsgrund 73: „Im Recht der Union oder der Mitgliedstaaten können Beschränkungen hinsichtlich bestimmter Grundsätze und hinsichtlich des ... Rechts auf Widerspruch, Entscheidungen, die auf der Erstellung von Profilen beruhen, ... vorgesehen werden, soweit dies in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und verhältnismäßig ist, ...“ um bestimmte Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses zu wahren. |
| 35 Absatz 3 Buchstabe a | 91 | Pflicht zur Durchführung einer DSFA. |
| 47 Absatz 2 Buchstabe e | | Die verbindlichen internen Datenschutzvorschriften, auf die in Artikel 47 Absatz 1 eingegangen wird, sollten zumindest das „... Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung — einschließlich Profiling — beruhenden Entscheidung nach Artikel 22 unterworfen zu werden...“ umfassen. |

ANHANG 3 – Literaturverzeichnis

In diesen Leitlinien werden folgende Dokumente berücksichtigt:

- [WP29 Advice paper on essential elements of a definition and a provision on profiling within the EU General Data Protection Regulation, angenommen am 13. Mai 2013;](#)
- [Stellungnahme 2/2010 der G29 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, WP171;](#)
- [WP29 Opinion 03/2013 on Purpose limitation, WP 203;](#)
- [Stellungnahme 06/2014 der G29 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG7, WP217](#)
- [WP29 Statement on the role of a risk-based approach to data protection legal frameworks, WP218;](#)
- [Stellungnahme 8/2014 der G29 den jüngsten Entwicklungen im Internet der Dinge, WP223;](#)
- [Leitlinien der G29 in Bezug auf Datenschutzbeauftragte \(„DSB“\), WP243;](#)
- [Leitlinien der G29 für die Bestimmung der federführenden Aufsichtsbehörde eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters, WP244; Leitlinien der G29 für die Bestimmung der federführenden Aufsichtsbehörde eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters, WP244;](#)
- [Leitlinien der G29 in Bezug auf die Einwilligung, WP259 Leitlinien der G29 in Bezug auf die Einwilligung, WP259](#)
- [WP29 Guidelines on transparency, WP260 WP29 Guidelines on transparency, WP260](#)
- [Europarat. Recommendation CM/Rec\(2010\)13 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling;](#)
- [Europarat. Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data, 01/2017](#)
- [Information Commissioner’s Office – Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection, Version 2.0, 03/2017](#)
- [Office of the Australian Commissioner – Consultation draft: Guide to big data and the Australian Privacy Principles, 05/2016](#)
- [Europäischer Datenschutzbeauftragter \(EDSB\), Stellungnahme 7/2015 – Bewältigung der Herausforderung in Verbindung mit Big Data, 19. November 2015](#)
- [Datatilsynet – Big Data – privacy principles under pressure 09/2013](#)
- [Europarat. Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data - Draft explanatory report on the modernised version of CoE Convention 108, August 2016](#)
- [Datatilsynet – The Great Data Race – How commercial utilisation of personal data challenges privacy. Bericht, November 2015](#)
- [Europäischer Datenschutzbeauftragter – Beurteilung der Erforderlichkeit von Maßnahmen, die das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten einschränken: Ein Toolkit](#)
- [Gemeinsamer Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden. Joint Committee Discussion Paper on the use of Big Data by financial institutions 2016-86. \[https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2016-86_discussion_paper_big_data.pdf\]\(https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2016-86_discussion_paper_big_data.pdf\)](#)
- [Commission de la protection de la vie privée. Big Data Rapport <https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/Big%20Data%20voor%20MindMap%2022-02-17%20fr.pdf>](#)

- United States Senate, Committee on Commerce, Science, and Transportation. A Review of the Data Broker Industry: Collection, Use, and Sale of Consumer Data for Marketing Purposes, Staff Report for Chairman Rockefeller, 18. Dezember 2013.
https://www.commerce.senate.gov/public/_cache/files/0d2b3642-6221-4888-a631-08f2f255b577/AE5D72CBE7F44F5BFC846BECE22C875B.12.18.13-senate-commerce-committee-report-on-data-broker-industry.pdf
- Lilian Edwards & Michael Veale. Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ is probably not the remedy you are looking for. Forschungsbericht, veröffentlicht am 24. Mai 2017.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855
- NYTimes.com. Showing the Algorithms behind New York City Services.
<https://mobile.nytimes.com/2017/08/24/nyregion/showing-the-algorithms-behind-new-york-city-services.html?referer=https://t.co/6uUVVjOIXx?amp=1>. Abgerufen am 24. August 2017.
- Europarat. Recommendation CM/REC(2018)x of the Committee of Ministers to Member States on Guidelines to promote, protect and fulfil children’s rights in the digital environment (überarbeiteter Entwurf, 25. Juli 2017). <https://www.coe.int/en/web/children/-/call-for-consultation-guidelines-for-member-states-to-promote-protect-and-fulfil-children-s-rights-in-the-digital-environment?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fchildren>. Abgerufen am 31. August 2017.
- Unicef. Privacy, protection of personal information and reputation rights. Discussion paper series: Children’s Rights and Business in a Digital World.
https://www.unicef.org/csr/files/UNICEF_CRB_Digital_World_Series_PRIVACY.pdf. Abgerufen am 31. August 2017.
- House of Lords. Growing up with the internet. Select Committee on Communications, 2nd Report of Sessions 2016 – 17.
<https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcomuni/130/13002.htm>. Abgerufen am 31. August 2017.
- Sandra Wachter, Brent Mittelstadt und Luciano Floridi. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation, 28. Dezember 2016.
https://www.turing.ac.uk/research_projects/data-ethics-group-deg/. Abgerufen am 13. Dezember 2017.
- Sandra Wachter, Brent Mittelstadt und Chris Russell. Counterfactual explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR, 6. Oktober 2017.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063289. Abgerufen am 13. Dezember 2017
- Australian Government. Better Practice Guide, Automated Assistance in Administrative Decision-Making. Six steps methodology, plus summary of checklist points Part 7, Februar 2007.
<https://www.oaic.gov.au/images/documents/migrated/migrated/betterpracticeguide.pdf>. Abgerufen am 9. Januar 2018.