

Conrad Sebastian Conrad

# Datenschutz bei Zukunftsmodellen: Nur mit Einwilligung möglich?

Unternehmen suchen nach neuen Lösungen zur Optimierung der Geschäftsfelder und gehen mit der Zeit: Kontaktloses Bezahlen im Geschäft, sprachgesteuerte Assistenten in Hotels und in der Umkleidekabine sowie KI-gestützte Kundenanalysen für personalisierte Werbung dürften in einigen Jahren nicht mehr wegzudenken sein. Solche Szenarien werfen datenschutzrechtliche Fragen zur Rechtmäßigkeit auf.

## 1 Einleitung

Sprachgesteuerte Dienste und persönliche Assistenten nehmen eine übergeordnete Rolle in unserem Alltag ein. Prozesse in allen Lebensbereichen werden zunehmend automatisiert. Es ist zu erwarten, dass durch die Corona-Pandemie der Hang zur Digitalisierung weiter zunehmen und der Mensch immer mehr auf kontaktlose Vorgänge bzw. sprachgesteuerte Anwendungen setzen wird.

Mittlerweile werden Zukunftsmodelle entworfen, wonach der Mensch im Service-Bereich und Einzelhandel, wo hierzulande lange an der „Face-to-Face“ Situation, wie beispielsweise an der Kasse im Supermarkt oder am Bankschalter festgehalten wurde, bald durch Displays mit Sprachassistenten, digitale Preisschilder und Self-Checkout Terminals ersetzt wird.<sup>1</sup> Eine umfassende Überwachungstechnik mit Kamerasystemen und Sensoren könnte sogar das Fieber der Kunden messen<sup>2</sup> und durch intelligente Systeme den Besucherfluss in einem Supermarkt steuern, gleichwohl aber auch Emotionen der Kunden auswerten.<sup>3</sup> Digitale Umkleidekabinen, Supermärkte ohne Kassen und Beratungsroboter würden dann das moderne Stadtbild prägen.

1 So z. B. in einer aktuellen Studie „*Perspektiven der künstlichen Intelligenz für den Einzelhandel in Deutschland*“ im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Oktober 2019, [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/perspektiven-kuenstliche-intelligenz-fuer-einzelhandel.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/perspektiven-kuenstliche-intelligenz-fuer-einzelhandel.pdf?__blob=publicationFile&v=12) (letzter Abruf 20.5.2020); Vgl. auch eine bitkom Umfrage aus dem Jahre 2019, Pressemitteilung vom 24.9.2019, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Digitalisierung-sichert-deutschen-Handelsunternehmen-die-Zukunft> (letzter Abruf 20.5.2020).

2 Vgl. <https://www.n-tv.de/panorama/Edeka-Filliale-misst-Fieber-bei-Kunden-article21720820.html> (letzter Abruf 20.5.2020).

3 Vgl. <https://www.datenschutz-notizen.de/plant-walmart-die-gesundheits-und-verhaltensanalyse-seiner-kunden-3021394/> (letzter Abruf 20.5.2020).

## 2 Aktuelle Anwendungsfelder

Aktuelle Systeme sind noch nicht derart weit ausgestattet, könnten jedoch den ersten Grundstein für diese Zukunftsmodelle legen und die Digitalisierung vorantreiben.

Auf weiten Teilen der neuen Smartphones wie auch den privaten Computern (und sogar im PKW) sind die persönlichen Assistenten als fester Bestandteil des Betriebssystems integriert und drängen sich immer mehr im täglichen Umgang auf. Sie fungieren als Schnittstelle zu herkömmlichen Plattformen wie auch zu den Händlern in der „Offline“-Welt. Aber auch sog. „Alexa Hotels“<sup>4</sup> oder aufgestellte Alexa Lautsprecher in Räumen der Tourismus-Informationszentren oder Bürgerämter<sup>5</sup> können als erste Feldversuche verstanden werden.

Ebenso wird die Bezahlung per Gesichtserkennung oder Smartphone im Restaurant und Einzelhandel nicht nur in Asien weiter zunehmen. Der Kunde kann mit seinem Smartphone teilweise schon heute am Ausgang ohne Kasse zahlen<sup>6</sup> und virtuelle Anproben mit AR-Technologie erleben.<sup>7</sup>

Es lässt sich erahnen, dass durch den Einsatz von künstlicher Intelligenz (KI) zur Optimierung der Sprach- und Bilderfassung wie auch der Verhaltensanalyse insgesamt die Datenverarbeitung noch an Masse gewinnt. Häufig werden Zukunftsvisionen mit starker KI beschrieben, die das menschliche Verhalten auf vielfältigen Ebenen durchgängig analysieren und dementsprechend Inhalte/Preise<sup>8</sup> personalisieren, aber auch Vorhersagen (beispielsweise zu gesundheitlichen oder wirtschaftlichen Umständen einer Person) immer exakter treffen, die möglicherweise sogar Grundlage von Rechtsgeschäften, wie dem Einkauf werden. Der Verkäufer weiß, was der Kunde von morgen will.

4 Vgl. <https://www.ahgz.de/news/technologie-hotels-testen-alexa-auf-dem-zimmer,200012254843.html> (letzter Abruf 20.5.2020)

5 Vgl. <https://www.derwesten.de/staedte/bochum/bochum-buergerbuero-amazon-alexa-id216284837.html> (letzter Abruf 20.5.2020).

6 So z. B. mit „Amazon Go“, <https://www.golem.de/news/kassenloser-supermarkt-supermaerkte-koennen-amazon-go-technik-nutzen-2003-147124.html> (letzter Abruf 20.5.2020).

7 Vgl. <https://onlinemarketing.de/news/wer-nicht-fuehlen-kann-muss-schauen-wie-ar-und-ki-beim-online-shopping-helfen> (letzter Abruf 20.5.2020).

8 Golland, DSRITB 2019, 61 (61 ff.).



**Conrad Sebastian Conrad**

Senior Berater Datenschutz  
– datenschutz nord GmbH,  
Niederlassung Hamburg.

E-Mail: [cconrad@datenschutz-nord.de](mailto:cconrad@datenschutz-nord.de)

### 3 Datenschutzrecht

In der Regel greifen diese Verarbeitungsvorgänge auf personenbezogene Daten des Anwenders bzw. Kunden im Sinne des Art. 4 Nr. 1 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), wie dessen Namen, Kontakt- oder Adressdaten, Kontodaten, das Geschlecht und das Alter zurück. Darüber hinaus ist es derartigen Systemen aber auch eigen, dass sie das gesprochene Wort,<sup>9</sup> das Bild oder sogar die Biometrie<sup>10</sup> des Menschen verarbeiten und auf eine (einzige) Geräteerkennung aufsetzen. Die persönlichen Assistenten im eigenen Smartphone oder Endgerät, die zur Unterstützung des Geschäfts als ein weiteres Puzzle-Teil in der Datenverarbeitungskette eingesetzt werden, erweitern den Umfang der Datenverarbeitung immens und verknüpfen unterschiedliche Datensätze und Dienste/Anbieter miteinander.

Die innovativen Geschäftsfelder wie auch die neuen Zukunftsmodelle müssen daher hierzulande den datenschutzrechtlichen Anforderungen gerecht werden. Andernfalls dürften sie nicht zum Einsatz kommen und könnten Sanktionen für den Verantwortlichen nach sich ziehen; es könnten sogar die Kundendaten rechtswidrig verarbeitet worden sein.

#### 3.1 Rechtsgrundlage

Die Frage nach einer wirksamen Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung mithilfe solcher Systeme dürfte zu einer nie enden wollenden Diskussion führen, ist jedoch von entscheidender Bedeutung für die rechtliche Bewertung des gesamten Geschäftsprozesses.

##### 3.1.1 Vertrag

Zu konstruieren wäre eine Datenverarbeitung auf Grundlage eines Vertrages nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO. Hierfür müsste die Verarbeitung dieses, zumeist kaum eingrenzbar Ausmaßes an Daten allerdings zur Erfüllung des Vertrages erforderlich sein. Das wäre anzunehmen, wenn ohne die Verarbeitung dieser Daten der Vertragszweck nicht oder nur unwirtschaftlich verwirklicht werden kann.<sup>11</sup> Die Grenzen der „Erforderlichkeit“ sind dabei möglichst eng zu ziehen.<sup>12</sup> Nicht erforderlich für die Vertragserfüllung sind solche Maßnahmen und Verarbeitungsvorgänge, die unter anderem der Steigerung der Effizienz oder der Verbesserung des Angebots dienen.<sup>13</sup> Sofern ohnehin alternative Möglichkeiten mit weniger oder keinen Datensätzen zur Erreichung des Zwecks bestehen, können diese bestimmten Informationen schon von vornherein nicht mit dieser Rechtsgrundlage verarbeitet werden.

Vertraglich geregelte und auch vom Vertragspartner transparent dargestellte Verarbeitungstätigkeiten, beispielsweise durch die Auswertung von Gesicht, Stimme oder Gefühlen lassen erhebliche Zweifel aufkommen, inwiefern der Verantwortliche diese Daten selbst bei einer konkreten Leistungsbeschreibung tat-

sächlich verarbeiten darf. Solche Informationen können möglicherweise Vorteile für den Verantwortlichen als Verkäufer oder Betreiber einer Plattform mit sich bringen, tangieren aber nicht unmittelbar die Vertragsdurchführung. Die Stimme, das Gesicht, das Alter oder die Biometrie des Kunden ist für den Abschluss des Kaufvertrages über ein Kleidungsstück oder Burger im Bistro (wohl) nicht erforderlich.

Häufig wird diese vielfältige Technik weit mehr personenbezogene Daten der betroffenen Person verarbeiten, als es für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen oder Erfüllung des Vertrages erforderlich sein dürfte.<sup>14</sup> Es ist darüber hinaus sogar zu befürchten, dass die neuen Möglichkeiten der Anwendungsfelder ausgereizt und auch das Verhalten, Gefühle oder Gesundheitsdaten von Kunden und Nutzern ausgewertet werden.<sup>15</sup> Diese Informationen mögen für einen Verkäufer oder Werbetreibenden sicherlich Gold wert sein, sind jedoch mitnichten für die Vertragsanbahnung oder einen Vertragsschluss erforderlich. In der prognostizierten Phase der späteren Analyse und Gewinnung neuer Erkenntnisse durch eine weiterentwickelten KI, die Veränderungen im Verhalten, Aussehen oder im Kaufverhalten vorhersagt, wird es noch fragwürdiger im Hinblick auf die Datenverarbeitung. Und für Werbezwecke dürfte dies wohl gar nicht verarbeitet werden.

Ein weiteres Gegenargument steht im Raum: Es können durch diese Systeme ebenso Personen erfasst werden, die gar nicht in der eigentlichen Rechtsbeziehung mit dem Verantwortlichen stehen. Gemeint sind damit unter anderem Familienangehörige oder aber Begleitpersonen.

Deshalb scheidet diese Rechtsgrundlage zumeist für den beschriebenen Einsatz in naher Zukunft aus.

##### 3.1.2 Berechtigtes Interesse

Oftmals wird deshalb das „berechtigtes Interesse“ nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO als Rechtsgrundlage vorgetragen, das einen relativ weiten Anwendungsbereich genießt.

Es umfasst grundsätzlich jedes rechtliche als auch wirtschaftliche und ideelle Interesse, das im Einklang mit der Rechtsordnung steht.<sup>16</sup> In der Privatwirtschaft wird deshalb die Datenverarbeitung häufig auf die Rechtsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO gestützt. Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten wäre dann zulässig, wenn sie „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich“ ist. Das berechtigte Interesse soll in Ansehung des ErwG 47 der DSGVO aber nicht nur bei der Kundenbindung oder Direktwerbung angenommen werden, sondern letztlich bei jedem wirtschaftlichen (zulässigen) Interesse des Verantwortlichen.<sup>17</sup>

Doch ist der Umfang dieser Rechtsgrundlage nicht uferlos. Es muss sich in der Wahl der Rechtsgrundlage eine vorherige Interessenabwägung hinsichtlich jeder einzelnen sensiblen Information widerspiegeln. Es ist deshalb im konkreten Einzelfall zu prüfen, „wie sich Gewichtung der Interessen des Verarbeiters und

9 Datenschützer sehen sprachgesteuerte Assistenten kritisch (Vgl. Peter Schaar, <https://www.eaid-berlin.de/siri-alexia-und-das-ki-dilemma> (letzter Abruf 20.5.2020).

10 Mehr dazu Conrad, K&R 2020, 253 (254 ff.).

11 Taeger, in: Taeger/Gabel, Art. 6 DSGVO Rn. 49 ff.

12 Vgl. Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Art. 6 DSGVO Rn. 32; Vgl. Heinzke/Engel, ZD 2020, 189 (191 ff.).

13 Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Art. 6 DSGVO Rn. 36.

14 Vgl. Heinzke/Engel, ZD 2020, 189 (193 f.).

15 Vgl. <https://www.datenschutz-notizen.de/plant-walmart-die-gesundheits-und-verhaltensanalyse-seiner-kunden-3021394/> (letzter Abruf 20.5.2020).

16 Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Art. 6 DSGVO Rn. 98.

17 Es wird von einer weiten Auslegung des Begriffs ausgegangen, vgl. u. a. Veil, NJW 2018, 3337 (3338).

*Intensität der Einschränkung von Interessen, Grundrechten bzw. Grundfreiheiten des Betroffenen zueinander verhalten.*<sup>18</sup>

Folglich wird stets die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung und in einem weiteren Schritt eine Abwägung mit den Interessen der betroffenen Person im Einzelfall gefordert.<sup>19</sup> Denn auch bei Verarbeitungen im Rahmen des berechtigten Interesses fließt eine Erforderlichkeitsprüfung ein, wonach die Verarbeitung zur Wahrung des berechtigten Interesses erforderlich sein muss.<sup>20</sup>

Ferner muss die betroffene Person nach dem mehrstufigen Modell dieser Rechtsgrundlage Kenntnis von der Datenverarbeitung haben und mit der Verarbeitung ihrer Daten jederzeit rechnen können.<sup>21</sup> In der Regel wird ein Kunde nicht mit einer derartig weitreichenden Auswertung seiner personenbezogenen Daten rechnen; davon häufig nicht einmal erfahren. Zudem dürfte sein schutzwürdiges Interesse dieser weitreichenden, kaum bekannten Analyse überwiegen und der Verarbeitung entgegenstehen.

Bei Kindern sollen in der Regel, aber nicht *per se* das schutzwürdige Interesse desselben überwiegen und angesichts des erhöhten Sorgfaltsmaßstabs die Belange der Kinder besonders aufmerksam berücksichtigt werden.<sup>22</sup> Hier wäre der Einsatz dieser Methoden nahezu immer ausgeschlossen.

Ein weiterer Ausschlussgrund: Werden mit den derartigen Geschäftsmodellen zusätzlich noch besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet, was bei Gesundheitsdaten wie auch biometrischen Daten zur Identifikation der Person (beispielsweise beim Gesichts- und Körper-Scan) anzunehmen sein dürfte, lässt sich die Verarbeitung nicht auf das berechnigte Interesse stützen.<sup>23</sup> Denn es findet sich in Art. 9 Abs. 2 DSGVO keine kongruente Norm wieder, die das „berechnigte Interesse“ berücksichtigt.<sup>24</sup> Doch häufig ergeben sich gerade solche besonders schützenswerten Daten als Begleitumstand aus Ton- und Bildaufzeichnungen oder der Verhaltensauswertung nach den Zukunftsvisionen und prägen diese angestrebten Methoden.

### 3.1.3 Einwilligung

Sodann kann zumeist nur die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a, Art. 7 DSGVO bzw. Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO eine derartige Datenverarbeitung durch privatwirtschaftlich agierende Unternehmen legitimieren und auf ein sicheres Fundament stellen. Hiernach lässt sich auch eine weitaus umfassendere Datenverarbeitung mit Einverständnis der betroffenen Person legitimieren.

Voraussetzung der Einwilligung ist unter anderem, dass sie vor Beginn der Datenverarbeitung freiwillig erklärt wird und die betroffene Person umfassend und in verständlicher Art und Weise über Zusammenhang, Hintergrund und Tragweite ihrer Erklärung in Kenntnis gesetzt wird und sie mindestens den Verantwortlichen der Verarbeitung sowie deren Zweck kennt.<sup>25</sup>

18 Albers/Veit, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 31. Edition, Art. 6 DSGVO Rn. 53.

19 Albers/Veit, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 31. Edition, Art. 6 DSGVO Rn. 49.

20 Frenzel, in: Paal/Pauly, 2. Auflage 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 28 f.

21 Vgl. Taeger, in: Taeger/Gabel, Art. 6 DSGVO Rn. 98; so auch nach dem ErwG 47, S. 3 und 4.

22 Taeger, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 6 DSGVO Rn. 123.

23 Dazu unten mehr unter 3.1.3.

24 Vgl. Taeger, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 6 DSGVO Rn. 102.

25 Vgl. Tinnfeld/Conrad, ZD 2018, 391 (394).

### 3.1.4 Sperrwirkung

Die Wahl der Einwilligung als Rechtsgrundlage ergibt im Kontext derartiger Zukunftsmodelle auch Sinn: Denn es werden zumeist – dem Verantwortlichen bewusst oder unbewusst – auch solche personenbezogenen Daten durch derartige Systeme verarbeitet, die den besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO unterfallen und unter Umständen eine sog. Sperrwirkung auslösen.<sup>26</sup>

Hervorzuheben wären die Gesundheitsdaten oder biometrischen Daten zur eindeutigen Identifikation der Person. Aber auch die Herkunft der Person, dessen Sexualleben oder sogar religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen unterliegen allgemein diesem besonderen Schutz nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO und könnten berührt sein.

Werden solche Informationen zur Person bei der Datenverarbeitung erfasst, ist nach Ansicht einiger Datenschützer anzunehmen, dass die Rechtsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO „gesperrt“ sind und sich insgesamt die Datenverarbeitung *de lege lata* nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO bestimmt.<sup>27</sup> Dann müsste sich im Zweifel die Rechtmäßigkeit der gesamten Verarbeitungstätigkeit nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO bestimmen und wären die oben genannten Rechtsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO ohnehin „gesperrt“.

Um dieses Hindernis zu überwinden, könnte sich die informierte Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO bzw. bei Annahme der Sperrwirkung gem. Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO als Ausweg aus diesem Dilemma anbieten.

### 3.2 Anforderungen der Einwilligung

Die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Einwilligung werden im Folgenden *en détail* dargestellt.

#### 3.2.1 Aktiv bestätigende Handlung

Im Gegensatz zu den übrigen Rechtsgrundlagen setzt die Einwilligung ein Element der bewussten Zustimmung des Handelnden voraus. Vor dem Hintergrund des ErwG 32 der DSGVO ist daher ein ausdrückliches, also aktives und eindeutiges Handeln der betroffenen Person zu verlangen.

Wegen der Schutzwirkung in Art. 9 Abs. 2 DSGVO wird gar im Wortlaut der Norm (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO) eine „ausdrückliche“ Einwilligung verlangt, die sich auf diese besonderen Daten bezieht. Die mündliche und nicht dokumentierte Abgabe der Zustimmung ohne Nachweis wird für unzureichend befunden.<sup>28</sup> Es bietet sich an, diese Einwilligung schriftlich oder im Rahmen eines elektronisch nachweisbaren Prozesses einzuholen. Letzteres könnte durch die protokollierte Registrierung in einer Anwendung (App des Geschäftes) oder durch Knopfdruck am Terminal bzw. der Umkleidekabine erfolgen.

Dies erscheint auch sinnvoll, denn mit intelligenten Videokameras und Sensoren bzw. Mikrofonen ausgestattete Systeme können schon heute durchgehend und unerkannt sensible Daten verarbeiten. Beispielsweise hatte die Hamburger Aufsichtsbehörde im Jahre 2019 ein Verwaltungsverfahren gegen Google wegen des persönlichen Assistenten eröffnet und fordert für Speicher-

26 Mehr dazu: Matejek/Mäusezahl, ZD 2019, 551 (553 ff.).

27 Vgl. Schneider, ZD 2017, 303 (306); Albers/Veit, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 31. Edition, Art. 9 Rn. 24; Conrad, K&R 2020, 253 (255).

28 Vgl. Mester, in: Taeger/Gabel, Art. 9 DSGVO Rn. 19.

rung der Audioaufnahmen eine aktive Einwilligung (mittels OptIn)<sup>29</sup> wie auch den Nachweis hiervon.

Mithin sollte die abgegebene Einwilligung vom Verantwortlichen jederzeit nachgewiesen werden können, um nicht nur den Rechenschaftspflichten aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO nachzukommen, sondern auch der betroffenen Person ihre Einverständniserklärung anzeigen zu können.

### 3.2.2 Transparenz

Aufgrund der Tragweite der Einwilligung greifen erhöhte Anforderungen an die Transparenz der Vorgänge und Aufklärung über die Datenverarbeitung.

Die betroffene Person ist deshalb vorab und in leichter bzw. verständlicher Sprache,<sup>30</sup> gegebenenfalls mit Bildsymbolen<sup>31</sup> über Inhalt und Folge der Einwilligung umfassend aufzuklären.

Dies geht mit den allgemeinen Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO einher, auf die zu verweisen wäre, damit der Handelnde insgesamt über die bevorstehende Datenverarbeitung informiert wird. Hierzu gehört auch die Angabe des Verantwortlichen, des Zwecks und Umfangs der Verarbeitung sowie der Weitergabe an Dritte (z. B. Werbepartner). Zudem ist an den Inhalt der Einwilligung ein erhöhtes Maß an Bestimmtheit und Genauigkeit zu stellen.<sup>32</sup>

Bei den digitalen Assistenten und Zukunftsmodellen in der Privatwirtschaft ergeben sich bereits aus der technischen Gegebenheit vielfältige Szenarien, die den Transparenzanforderungen gerecht werden müssen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die umfassende und gleichsam verständliche Darstellung der geplanten Datenverarbeitung im konkreten Anwendungsfall als auch der tatsächlichen Kenntnisnahme durch die betroffene Person. Hier sind sowohl die Einwilligungsklausel als auch Datenschutzbestimmungen oder AGB entsprechend verständlich zu gestalten und zu implementieren (beispielsweise als Hinweisschild oder durch eine vorgezogene Registrierung in einer App). In einer derartigen Kunden-App oder an einem Display könnte der Kunde die gewünschten Einstellungen vornehmen sowie die Art. 13 DSGVO Informationen einsehen.

### 3.2.3 Freiwilligkeit

Kritiker der Einwilligungsmodelle stürzen sich regelmäßig auf die Diskussion über die Freiwilligkeit der Einwilligung, die häufig von ihnen in Zweifel gezogen wird.<sup>33</sup>

Die Freiwilligkeit setzt zunächst die Selbstbestimmtheit der Handlung der betroffenen Person, also die Willensentschließungs- und die Handlungsfreiheit voraus.<sup>34</sup> Der Ordnungsgeber gibt mit dem ErWG 32, Satz 5 vor, dass die Freiwilligkeit besteht, „wenn sie [die Person] eine echte oder freie Wahl hat und so-

mit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“

Die freie Wahl wird oftmals infrage gestellt, wenn sich die betroffene Person in einer (wirtschaftlichen) Abhängigkeit zum Verantwortlichen befindet oder eine gestörte Vertragsparität aufgrund der Marktmacht des Verantwortlichen vorliegt.<sup>35</sup>

Bei üblichen Rechtsgeschäften und kostenlosen Angeboten im Alltag ergibt sich zunächst selten eine derartige Zwangslage. Es bleibt die Wahl- und Entscheidungsfreiheit der handelnden Person. Häufig wird dem Kunden oder Nutzer eine alternative Möglichkeit angeboten, um auf vergleichbare Weise den Zweck zu erfüllen, so z. B. durch andere Zahlungsmethoden, alternative Angebote der menschlichen Beratung oder andere Bereiche im Geschäft ohne diese Ausstattung. Auch kann der Kunde woanders einkaufen oder die Produkte online bestellen.

Doch auf dem zweiten Blick treten Bedenken auf. Wenn wenige Dienstleister und Plattformbetreiber in diesem Marktsegment tätig sind und ein Abhängigkeitsverhältnis zum Verantwortlichen besteht, das sich aus einer Machtbeziehung oder einer Art der Über- und Unterordnung in Bezug auf die Datenverarbeitung ergibt,<sup>36</sup> ist keine echte Freiwilligkeit gegeben.<sup>37</sup>

So lässt sich spekulieren, dass sich die Mehrzahl der beschriebenen Zukunftsmodelle auf wenige Anbieter (z. B. Google, Apple, Amazon) beschränken oder teilweise lediglich ein Anbieter zum Zuge kommen würde. Konkurrierende Anbieter werden möglicherweise bei exklusiven Partnerschaften oder eigenen Stores und Angeboten ausgeschlossen – ähnlich wie die Barzahlung oder Nutzung des Dienstes ohne App.

Denn eines sollte klar sein: Wenn ein Monopolist in einem Wettbewerb diese Methode als die einzig zulässige vorgibt und andere Dienstleister auf seiner Plattform aussperrt, fällt die Einschätzung oftmals anders aus. Eine echte Wahlfreiheit des Nutzers wäre mangels alternativer Systeme zu bezweifeln.<sup>38</sup> Die Verzahnung weniger Anbieter ist in der heutigen Informationsgesellschaft allgegenwärtig.<sup>39</sup> Sind die technischen Systeme elementarer Bestandteil einer Gesellschaft und des Wirtschaftslebens, wie es beispielsweise bei der marktbeherrschenden Stellung von Amazon, Google oder Apple sowie allgemein dem Online-Banking diskutiert wird, besteht der sog. Lock-in-Effekt,<sup>40</sup> worunter sich eine äußerst starke Kundenbindung versteht, die einen Anbieterwechsel erschwert oder fast schon ausschließt.<sup>41</sup>

Diese Bedenken hinsichtlich der Freiwilligkeit lassen sich nur durch alternative Systeme und Interoperabilität mit marktüblichen Standards bzw. einem freien Zugang zum Wettbewerb auflösen. Dies würde bedeuten, dass auch weiterhin alternative Entwicklungssysteme und Dienste existieren müssen wie auch allgemein die Verweigerung der Einwilligung keine Nachteile oder Diskriminierung für den Einzelnen hervorrufen dürfen. Ist der Zutritt zum Geschäft nur mittels App oder Zustimmung zur in-

<sup>29</sup> Siehe hierzu Pressemitteilung vom 01.08.2019, <https://datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen/2019/08/2019-08-01-google-assistant> (letzter Abruf 20.5.2020).

<sup>30</sup> Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 7 Rn. 25.

<sup>31</sup> Stemmer, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 31. Edition, Art. 7 DSGVO, Rn. 64.

<sup>32</sup> Weichert, in: Kühling/Buchner, 2. Auflage 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 47.

<sup>33</sup> Frenzel, in: Paal/Pauly, Art. 7 Rn. 18; Veil, NVwZ 2018, 686, 688; Tinnefeld/Conrad, ZD 2018, 391 (392).

<sup>34</sup> Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Art. 7 DSGVO Rn. 48.

<sup>35</sup> Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Auflage 2019, Art. 6 Rn. 4.

<sup>36</sup> Weichert, in: Kühling/Buchner, 2. Auflage 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 51.

<sup>37</sup> Zum Kopplungsverbot und der Einwilligung beim Web 2.0 bei Golland, MMR 2018, 130 (130 f.).

<sup>38</sup> Vgl. Ernst, ZD 2017, 110 (113); Schneider, ZD 2017, 303 (305).

<sup>39</sup> Vgl. Conrad, K&R 2018, 741 (743); Weichert, in: Kühling/Buchner, Art. 9 Rn. 51.

<sup>40</sup> Vgl. Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Auflage 2019, Art. 6 Rn. 4; Zum Wettbewerbsrecht im Kontext des Datenschutzes, Paal/Hermann, NJW 2017, 1697 (1698); vgl. auch Künstler, K&R 2019, 605 (605 ff.).

<sup>41</sup> Conrad, K&R 2020, 253 (257).

telligenten Videoüberwachung und Verhaltensauswertung möglich, wäre der Einsatz dieser Technik wohl in der Konsequenz unzulässig. Vielmehr muss auch der Kauf als „Gast“ ohne Mitgliedschaft oder App-Nutzung sowie ohne Kopplung mit dem Scan und der Sensorik durchführbar sein.

### 3.2.4 Einwilligungsfähigkeit

Mit der Wirksamkeit der Einwilligung geht auch die Einwilligungsfähigkeit bzw. die Einsichtsfähigkeit der betroffenen Person einher. Anknüpfungspunkt ist unter anderem Art. 8 Abs. 1 DSGVO, wonach eine Altersgrenze von 16 Jahren für die Erteilung von Einwilligungen im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft geschaffen wurde<sup>42</sup> und es daher auch allen voran die Einwilligungsfähigkeit<sup>43</sup> der Person zu berücksichtigen gilt. Doch während im Zivilrecht bei Rechtsgeschäften im Alltag die Altersgrenze von Bedeutung ist, beispielsweise beim Kaufvertrag, dient sie im Datenschutzrecht lediglich als eine Orientierung.<sup>44</sup> Werden jedoch durch Assistenten oder intelligente Systeme umfangreiche personenbezogene Daten aller anwesenden Personen verarbeitet, muss der Einwilligungsfähigkeit besondere Beachtung geschenkt werden. Die Systeme im Einzelhandel der Zukunft erfassen naturgemäß auch Kinder und Menschen im hohen Alter, bei denen Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit aufkommen könnten, da diese sich womöglich nicht über die Tragweite der abzugebenden Einwilligung im Klaren sind oder diese mangels Verständnis der Technologie gar nicht erkennen können. Hier wäre, ähnlich wie bei Angeboten im Internet, eine entsprechende Prüfung und altersgerechte Darstellung der Datenverarbeitung im Hinblick auf jüngere oder ältere Betroffene zu fordern – und Aufgabe des Verantwortlichen. Hierzu bietet sich eine vorgezogene Registrierung an.<sup>45</sup>

### 3.2.5 Widerrufbarkeit

Als ein Manko der Einwilligung gilt deren Widerrufbarkeit. Denn die betroffene Person hat gem. Art. 7 Abs. 3 DSGVO das Recht, jederzeit ihre Einwilligung zu widerrufen und somit der weiteren Datenverarbeitung das Fundament zu entziehen.

Ist die Datenverarbeitung noch so mächtig, steht sie unter dem ständigen Vorbehalt, in wenigen Schritten vom Betroffenen zu Fall gebracht zu werden. Hierauf ist der Handelnde hinzuweisen, so dass er Kenntnis über dieses Recht hat bzw. es jederzeit ausüben kann.<sup>46</sup>

Dabei wird sogar häufig missachtet, dass der Widerruf der Einwilligung „so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein [muss]“ (Art. 7 Abs. 3, S. 4 DSGVO). Nur wenn die betroffene Person ihre abgegebene Einwilligung kennt und jederzeit einsehen kann, ist die Änderung bzw. der leichte Widerruf der Einwilligung sichergestellt. Der Verantwortliche hat also entsprechende Vorkehrungen zu treffen und den Widerruf umzusetzen.

42 Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Art. 8 Rn. 2; Ernst, ZD 2017, 110 (111).

43 Mehr zur Einwilligungsfähigkeit bei Janicki, DSRITB 2019, 313 (315).

44 Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 7 Rn. 67.

45 Hierzu näher bei Geminn u. a., DuD 2020/9, in diesem Heft.

46 Tinnfeld/Conrad, ZD 2018, 391 (394).

## 4 Vorteile der Einwilligung

Trotz der aufgezeigten Schwächen und vieler kritischer Stimmen<sup>47</sup> erscheint ein Einwilligungsmodell im Hinblick auf eine derart umfangreiche Datenverarbeitung als vorzugswürdig und kann – wie hiermit aufgezeigt werden soll – allen Seiten hinreichend Sicherheit bieten.

Als das „zentrale Instrument zur Verwirklichung datenschutzrechtlicher Selbstbestimmung“<sup>48</sup> und Instrument zur Gestattung von Eingriffen in persönliche Interessen und Güter<sup>49</sup> lässt sich mit der Einwilligungslösung eine austarierte und datenschutzkonforme Interessenlage langfristig erzielen.

### 4.1 Die Einwilligung als Steuerungsinstrument

Zum einen ermöglicht die Einwilligung der betroffenen Person eine differenzierte Steuerung der Datenverarbeitung und räumt dieser eine effiziente Ausübung ihrer Rechte ein, denn die betroffene Person ist vor der ersten Datenverarbeitung und ebenso vor jedem neuen Zweck<sup>50</sup> dieser bzw. bei neuem Umfang der Datenverarbeitung transparent über die Vorgänge aufzuklären. Durch ein OptIn, also der ausdrücklichen Zustimmung, ist die handelnde Person zu einer aktiven Zustimmung aufgefordert, was sie in die Situation bringt, sich erst mit der konkreten Verarbeitung zu befassen und sich ggfs. hierüber zu informieren – und somit derartige Vorgänge zu lenken. So entfaltet das Instrument der Einwilligung einen weiteren Schutz auf Seiten betroffener Personen, weil diese vor neuen Verarbeitungsvorgängen oder der Zweckänderung bewahrt werden und solche erst durch die aktive, willentliche Zustimmung eingeleitet werden können.

Im Gegensatz zu der Datenverarbeitung auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO oder Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO wäre hier – zumindest theoretisch – eine endlose Datenverarbeitungskette und Steigerung der Intensität abhängig vom Einverständnis der betroffenen Person.

Der Verantwortliche sollte deshalb sicherstellen, dass der Nutzer aktiv sein Einverständnis erteilt und selbiges jederzeit widerrufen kann, womit Vertrauen geschaffen wird.<sup>51</sup>

### 4.2 Transparenz und Akzeptanz

Der oder die Verantwortlichen sind daher – auch in Anlehnung an den zunehmenden Verbraucherschutz bei Datenverarbeitungsvorgängen – zur Transparenz<sup>52</sup> und Aufklärung gezwungen, um eine nachhaltige, zufriedenstellende Beziehung zum Nutzer/Kunden zu wahren. Durch einen transparenten, offenen Einsatz der Technologie kann Vertrauen der Zielgruppe gewonnen werden. Dies fängt bereits bei der Zweckbestimmung an<sup>53</sup> und bedeutet für den Verantwortlichen, sich ein strukturiertes, gleichwohl datenschutzgerechtes Konzept zu überlegen.

47 Vgl. Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 7 Rn. 10-12; Tinnfeld/Conrad, ZD 2018, 391 (393); Stemmer, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 31. Edition, Art. 7 DSGVO, Rn. 4.

48 Stemmer, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 31. Edition, Art. 7 DSGVO, Rn. 1.

49 Taeger, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 1.

50 Vgl. Robnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DSGVO, Art. 6 Rn. 58.

51 Conrad, DSRITB 2019, 391 (400).

52 Vgl. Ernst, ZD 2017, 110 (113).

53 Schulz, in: Gola, DSGVO, 2. Auflage 2018, Art. 7 Rn. 35.

Ein „Wildwuchs“ als Datensammler ist tendenziell damit ausgeschlossen, wodurch Risiken minimiert bzw. Sanktionen verhindert werden können.

Für den Verantwortlichen wirkt das Einwilligungsmodell zunächst deswegen nachteilig. Doch wird die betroffene Person umfassend und rechtssicher mittels Einwilligung in den fortlaufenden und transparenten Datenverarbeitungsprozess einbezogen, bietet sich langfristig eine ganz andere Situation: Die klar strukturierte und transparente Darstellung der Vorgänge schafft Akzeptanz und Vertrauen, aber auch eine qualitätsfördernde Datenkonformität. Immerhin ist die handelnde Person angehalten, aktiv mitzuwirken und neue Daten beizusteuern sowie auf die Richtigkeit ihrer Daten hinzuwirken. Schließlich hat es die betroffene Person selbst in der Hand, jederzeit den Prozess und bestehende Vorgänge durch den Widerruf zu stoppen oder anzupassen, was mittelbar zur Validierung der Daten führt.<sup>54</sup>

So könnten tatsächlich personalisierte Angebote und das erfolgreiche Marketing entstehen, wenn der Einzelne dies im Rahmen einer Kundenbindung bzw. zufriedenstellenden Beziehung mit dem Verantwortlichen zulässt oder gar wünscht. Neue Kampagnen und Technologien können erprobt, ggfs. zusammen mit dem Kunden entwickelt und letztlich schneller im Markt eingesetzt werden.

### 4.3 Laufzeit der Einwilligung

Grundsätzlich sieht die DSGVO kein „Verfallsdatum“ für die Einwilligung vor und erlaubt theoretisch eine endlose Speicherung der Daten.<sup>55</sup> Sie sollte jedoch von einer zeitlichen Komponente (z. B. Gültigkeit von 24 Monaten) abhängig sein und nach einem bestimmten Zeitraum „nochmals überprüft“ werden.<sup>56</sup> Dies entspricht auch dem Verbraucherdatenschutzgedanken und den Orientierungshilfen der Aufsichtsbehörden.<sup>57</sup>

Bei einer dauerhaften bzw. aktiven Beziehung der betroffenen Person zum Verantwortlichen lässt sich schon durch das persönliche Handeln (Nutzung des Angebots oder der App) eine regelmäßige Abgabe des Einverständnisses im Hinblick auf die Datenverarbeitung konstruieren und darlegen. Eine häufige Abfrage und damit einhergehende Auswahl, bestehende Freigaben und Datensätze erneut zu überprüfen und ggfs. anzupassen, könnte gleichwohl und ohne zusätzlichen Aufwand implementiert werden. Immerhin fördert auch dies die Datenqualität und bietet Platz für die Kommunikation mit dem Kunden oder Interessenten. Auch löst

<sup>54</sup> Conrad, DSRLTB 2019, 391 (400).

<sup>55</sup> Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 7 DSGVO Rn. 30; vgl. Schulz, in: Gola, DSGVO, 2. Auflage 2018, Art. 7 Rn. 58.

<sup>56</sup> Vgl. Buchner/Kühling, Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 7 DSGVO Rn. 30; Schneider, DSRLTB 2018, 219, 221 f.; Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 530; vgl. auch die DSK Orientierungshilfe, ([https://www.lidi.nrw.de/mainmenu\\_Service/submenu\\_Entschliessungsarchiv/Inhalt/Entschliessungen\\_Datenschutzkonferenz/Inhalt/96\\_Konferenz/Orientierungshilfe-der-Aufsichtsbehörden-zur-Verarbeitung-von-personenbezogenen-Daten-fuer-Zwecke-der-Direktwerbung-unter-Geltung-der-Datenschutz-Grundverordnung\\_-\\_DSGVO\\_/OH\\_Werbung\\_Stand\\_07\\_11\\_2018.pdf](https://www.lidi.nrw.de/mainmenu_Service/submenu_Entschliessungsarchiv/Inhalt/Entschliessungen_Datenschutzkonferenz/Inhalt/96_Konferenz/Orientierungshilfe-der-Aufsichtsbehörden-zur-Verarbeitung-von-personenbezogenen-Daten-fuer-Zwecke-der-Direktwerbung-unter-Geltung-der-Datenschutz-Grundverordnung_-_DSGVO_/OH_Werbung_Stand_07_11_2018.pdf)); vgl. Art. 29-Gruppe, WP 187, S. 24 und WP 259 rev. 01, „Die WP29 empfiehlt es als bewährte Praxis, die Einwilligung in angemessenen Zeitabständen zu erneuern“, S. 25; Vgl. Tätigkeitsbericht LDI NRW, 24. Datenschutz- und Informationsfreiheitsbericht 2017-2018, S. 81, [https://www.lidi.nrw.de/mainmenu\\_Service/submenu\\_Berichte/Inhalt/24\\_DIB-2019/24\\_DIB-2019-1.pdf](https://www.lidi.nrw.de/mainmenu_Service/submenu_Berichte/Inhalt/24_DIB-2019/24_DIB-2019-1.pdf) (letzter Abruf 29.5.2020), wonach allgemein im medizinischen Bereich von einer Geltung der Einwilligung für zwei Jahren ausgegangen wird; der BGH sieht grds. keine zeitliche Begrenzung der Dauer vor, BGH, Urt. v. 1.2.2018, Az.: III ZR 196/17.

<sup>57</sup> Vgl. Fußnote zuvor.

die aktive Interaktion des Kunden erneute Laufzeiten der Aufbewahrungsfrist aus, was möglicherweise für diese Dauer gegen die Löschung der Datensätze spricht.

Im Idealfall entsteht hieraus eine aktive, zufriedenstellende und vor allem dauerhaft datenschutzkonforme Kundenbeziehung.

### 4.4 Umfang und Aktualität der Daten

Die Wahl der Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO bzw. gem. Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO erlaubt es dem Verantwortlichen, auch besondere Kategorien personenbezogener Daten der betroffenen Person zu verarbeiten und dadurch einen größeren Umfang an Daten des Nutzers/Kunden zu generieren und auszuwerten. Die besonders sensiblen Daten, die in vielen Fällen eine hohe Relevanz für das angestrebte Geschäft haben, können auf dieser Basis in zulässigerweise und je nach den individuellen Umständen mit dem vorliegenden Einverständnis des Kunden oder Interessenten verarbeitet werden.

Mit diesem Kunstgriff könnte der Anbieter oder Betreiber sogar noch zusätzliche Daten und Informationen vom Einzelnen direkt erhalten, ohne hierfür eine zusätzliche Rechtsgrundlage und Anmeldung bzw. Freigabe vorsehen zu müssen, wenn dieser ohnehin zu Beginn seine entsprechende Zustimmung erteilt oder später vom ursprünglichen Zweck nicht erfasste Daten aktiv dem Betreiber bekannt gibt. Dies können Verhaltens- und Gesundheitsdaten sein, das Alter und Geschlecht oder gar biometrische Daten für maßgeschneiderte Kleidung. Auch ist eine situationsbedingte Kontrolle des Umfangs der Datenverarbeitung durch die betroffene Person gegeben, die je nach positiver Beziehung mit dem Verantwortlichen ihre Angaben pflegt und weitere Daten mit ihm fortlaufend teilt.

Insgesamt bietet sich hierdurch ein breites Spektrum an Daten, die über andere Rechtsgrundlagen (wohl) nicht verarbeitet werden könnten.

## 5 Fazit

Für die skizzierten Zukunftsmodelle der Privatwirtschaft kommt in der Regel nur die Einwilligung der betroffenen Person nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a bzw. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO in Betracht. Sie bietet dem Verantwortlichen einen großen Umfang an der Datenverarbeitung und ermöglicht eine langfristige Kundenbeziehung mit individuellen, neuen Diensten bzw. Angeboten. Gleichzeitig ist sie ein Steuerungsinstrument des Kunden und schafft somit Vertrauen.

Im Übrigen kann sich der Verantwortliche gewissermaßen auch vor der Rechtmäßigkeitsprüfung und den Risiken der weiteren Rechtsgrundlagen (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b oder Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO) mit dem Einsatz der wirksamen Einwilligung bewahren und die gesamte Datenverarbeitung auf einen einheitlichen Prozess stützen.<sup>58</sup> Letztendlich könnte selbst die Hürde aus Art. 22 DSGVO, die vor automatisierten Entscheidungen im Einzelfall und dem Profiling schützen soll, was ein Nebeneffekt der beschriebenen Zukunftsmodelle sein könnte, mit der Einwilligung rechtskonform genommen werden.

<sup>58</sup> Vgl. Veil, NJW 2018, 3337 (3344).