

**Stellungnahme des bvh  
(Bundesverband des Deutschen Versandhandels e.V.)**

zum Vorschlag der Europäischen Kommission  
für eine europäische Datenschutz-Grundverordnung  
(KOM(2012) 11/4 vom 25. Januar 2012)

unter Berücksichtigung der

**compromise amendments des LIBE-Ausschusses vom 21. Oktober 2013**

Berlin, 13. November 2013 | Version 1.0

Ansprechpartner: RA Sebastian Schulz, Public Affairs | Datenschutz | Rechtspolitik

Der bvh hatte sich bereits mit Stellungnahmen vom 1. November 2012 und vom 8. Februar 2013 zu dem laufenden Reformvorhaben geäußert und sich seit Beginn des Reformvorhabens stets dafür eingesetzt, dass das hohe und gut austarierte deutsche Datenschutzrecht als Grundlage für ein zukünftiges europäisches Datenschutzrecht herangezogen werden soll.

Die am 21. Oktober 2013 durch den Innenausschuss des Europäischen Parlaments vorgelegten sog. Kompromissvorschläge tragen in nur wenigen Punkten zu einem ausgewogeneren Verhältnis zwischen den Interessen der Beteiligten bei. Den vereinzelt anzutreffenden positiven Neuerungen steht weiterhin eine Mehrzahl offener Fragen und unverhältnismäßiger Restriktionen gegenüber. Die fehlgehende Ansicht, im Informationszeitalter ein möglichst hohes Maß an Datenschutz über eine möglichst weitgehende Beschränkung der Datenverarbeitung erreichen zu können, setzt sich auch in den nun vorgeschlagenen sog. Kompromissvorschlägen fort. Nachfolgende Erwägungen erörtern allein die durch die E-Commerce- und Versandhandelsbranche weiterhin kritisch bewerteten Aspekte des Reformvorhabens. Im Übrigen wird auf die vorgenannten Stellungnahmen verwiesen.



#### Artikel 4 neu | Neue Definitionen und Anwendungsbereich

Der bvh begrüßt grundsätzlich die Einführung der Begriffe „Dritter“, „Pseudonyme Daten“, „Verschlüsselte Daten“ und „Profiling“, tragen diese jedenfalls partiell zu mehr Rechtssicherheit bei. Allein die (notwendige) Legaldefinition einzelner Begriffe genügt hingegen nicht, um etwa im Hinblick auf die Erstellung und Nutzung allein pseudonymisierter Daten(-sätze) **effektive Anreize** zu schaffen, die für datenverarbeitende Unternehmen einen praktischen Mehrwert mit sich bringen. Tatsächlich fehlt es an solchen Anreizen weiterhin nahezu vollständig. Die Aufnahme der intendierten Zulässigkeit der Datennutzung bzw. einer erleichterten Profilverarbeitung bei Verwendung pseudonymisierter Daten allein in den Erwägungsgründen genügt jedenfalls nicht.

#### ■ Erwägungsgründe 23 und 24 neu

Die Frage, ob ein Datum als personenbezogen einzustufen ist, wird weiterhin anhand des sog. **absoluten Begriffs** beantwortet. Die Einschränkung nach „objektiven Kriterien“, namentlich nach Kosten- und Zeitaufwand, soll lediglich der Abgrenzung gegenüber anonymen bzw. anonymisierten Daten dienen, nicht aber einer sinnstiftenden Beschränkung des Anwendungsbereiches der Verordnung. Tatsächlich wird aber angesichts des ausufernden Anwendungsbereiches der Verordnung im Informationszeitalter letztlich jede Information zu einem personenbezogenen Datum. Faktoren wie Zeit und Kosten spielen keine entscheidende Rolle mehr. Die gut gemeinte Abgrenzung zu Daten ohne Personenbezug verliert in der Praxis damit jede Relevanz. Richtigerweise müsste deutlich gemacht werden, dass bei Bestimmung des Personenbezuges allein **subjektive Kriterien**, namentlich Kenntnisse, Mittel und Möglichkeiten allein der speichernden Stelle selbst von Bedeutung sind. Ohne diese Klarstellung bliebe auch die in Erwägungsgrund 24 vorgenommene Einschränkung bedeutungslos.

#### Artikel 6 (f) neu | Legitimes Interesse

In Artikel 6 (f) wird die Rechtsfigur der „**reasonable expectations**“ neu eingeführt. Danach soll künftig bei der Frage der Zulässigkeit einer auf gesetzlicher Grundlage durchführbaren Datenverarbeitung die subjektive Erwartungshaltung des Betroffenen in die vorzunehmende Interessenabwägung einfließen. Diese aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum stammende Rechtsfigur ist dem kontinentaleuropäischen Recht bislang fremd. Die Aufnahme dieses Bewertungsmaßstabes birgt aufgrund der Fokussierung auf die subjektive Wahrnehmung des Betroffenen die Gefahr einer erheblichen Streuung der

Abwägungsergebnisse in sich. Was ist die begründete Erwartungshaltung des jeweiligen Betroffenen im Einzelfall? Wie muss diese im Einzelfall festgestellt und dokumentiert werden? Von der Annahme, allein die Existenz einer gesetzlichen Befugnis (oder einer solchen in den Erwägungsgründen) sei hierfür ausreichend, über die Möglichkeit, im Wege einer Information durch die verantwortliche Stelle eine entsprechende Erwartungshaltung auf Seiten des Betroffenen begründen zu können, bis hin zu der Gefahr, dass dem Betroffenen regelmäßig zunächst das Ergebnis einer Datenschutzfolgenabschätzung für seinen konkreten Fall zugänglich gemacht werden muss, ist vieles denkbar. Der daraus resultierende Mangel an Rechtssicherheit ist nicht zuletzt angesichts der **weiterhin drakonischen Strafordrohungen** nicht hinnehmbar.

Auch eine kontextbezogene Betrachtung würde nicht zu mehr Rechtssicherheit führen. Hiergegen sprechen vor allem die innerhalb Europas ausgesprochen heterogen ausgeprägte Datenschutzkultur und das uneinheitliche Verständnis von Datenschutz innerhalb der Europäischen Bevölkerung. Ob ein Datum bspw. zu Werbezwecken verwendet werden darf, wird von einem Verbraucher in Deutschland oder Italien anders beurteilt werden, als etwa in Großbritannien oder Schweden. Nähme man solche regionalen Unterschiede in der Erwartungshaltung in Kauf, liefe dies dem erklärten Ziel einer Harmonisierung der Rechtsanwendung zuwider. Als kleinster gemeinsamer Nenner bliebe allein die Erwartungshaltung wohl aller europäischen Bürger, dass eine Datenverarbeitung nach laienhaftem Verständnis prinzipiell verboten ist, es sei denn, man habe selbst in die Verarbeitung eingewilligt. Dann allerdings würde die Datenverarbeitung auf Grundlage einer **Interessenabwägung faktisch bedeutungslos**.

Als konkretisierungsbedürftig erscheint die Fokussierung auf die subjektive Erwartungshaltung des Betroffenen des Weiteren nach einem Blick auf den Bezugspunkt dieses Maßstabes. Denn Bezugspunkt für die Wahrnehmung des Betroffenen soll (allein) das Verhältnis zwischen dem Betroffenen und der verantwortlichen Stelle („controller“) selbst sein. Auftragsdatenverarbeiter („processor“) oder Dritte („third parties“) werden ausgeklammert. Ob auf dieser Grundlage bspw. personenbezogene Adressdaten im **Lettershopverfahren** oder im Wege des **Listbrokings** zu Zwecken der **Interessentenwerbung** genutzt werden dürfen, ist nicht klar. Entsprechend kann auch die seitens des bvh geforderte und nun erfolgte Aufnahme von Interessen möglicher Dritter allenfalls als ein erster Schritt gewertet werden.

■ Erwägungsgrund 38 neu

Gemäß Artikel 6 (f) kann eine Datenverarbeitung auf Grundlage eines legitimen Interesses der verantwortlichen Stelle durchgeführt werden, sofern dies mit der begründeten Erwartungshaltung des Betroffenen vereinbar ist, es sei denn das Interesse des Betroffenen an einem Unterbleiben der Datenverarbeitung überwiegt. Eine Interessenabwägung zu Gunsten der verantwortlichen Stelle, in die bereits die begründete Erwartungshaltung des Betroffenen eingeflossen sein muss, dient danach gleichwohl nicht als Grundlage für eine Datenverarbeitung, wenn – auf einer weiteren Stufe – das Ausschlussinteresse des Betroffenen überwiegt. Anders formuliert kann bei Vorliegen einer begründeten Erwartungshaltung gleichwohl eine Datenverarbeitung unterbleiben müssen. Dem entgegen wird in Erwägungsgrund 38 bereits das Fehlen einer begründeten Erwartungshaltung als Fallgruppe für das Vorliegen eines überwiegenden Ausschlussinteresses beschrieben. Nimmt man diese Erwägung ernst, überwiegt also bei einer fehlenden Erwartungshaltung stets das Ausschlussinteresse, erübrigt sich die im Artikelteil vorgegebene gestufte Zulässigkeitsprüfung. Erneut bemüht wird die zweistufige Prüfungsfolge wiederum in den neuen Erwägungsgründen 39a und 39b neu. Eine rechtssichere Datenverarbeitung ist auf Grundlage solch widersprüchlicher Vorgaben kaum möglich. Und auch der gestrichene Absatz 4 von Artikel 6, wodurch nunmehr zunächst richtigerweise im Falle einer **Zweckerreichung oder -änderung** die vorgehaltenen personenbezogenen Daten erneut (auch) auf Grundlage einer Interessenabwägung genutzt werden dürften, verliert infolge vorgenannter Erwägungen jede praktische Anwendbarkeit.

■ Erwägungsgrund 39b neu

In Erwägungsgrund 39b neu werden zwei Fallgruppen gebildet, bei deren Vorliegen die Zulässigkeit der Datennutzung zu Zwecken des Marketings intendiert sein soll. Die hier erstmals vollzogene **Unterscheidung in online- und offline-Szenarien** entspricht einer Forderung des bvh. So ist insbesondere sachgerecht, dass für Zwecke des postalischen Direktmarketings die Beschränkung auf eigene Produkte nicht gelten soll („or“). Diese für die datenverarbeitende Wirtschaft signifikant wichtige Klarstellung sollte im Sinne größerer Rechtssicherheit in den Artikelteil der Verordnung aufgenommen werden. Einem Großteil der vorgenannten Auslegungsschwierigkeiten könnte hierdurch aktiv begegnet werden.

## Artikel 7 Abs. 4 neu | Einwilligung und Kopplungsverbot

Der Hinweis auf die Unwirksamkeit einer im Rahmen eines **signifikanten Ungleichgewichts** zwischen Betroffenen und verantwortlicher Stelle abgegebenen Einwilligungserklärung wurde zu Recht gestrichen. Die auch seitens des bvh eingebrachte und nun aufgegriffene Idee zur alternativen Aufnahme eines **Kopplungsverbotes** schießt bei der vorgesehenen Ausgestaltung hingegen deutlich über das Ziel hinaus. Denn anders als etwa im geltenden deutschen Recht fehlt es in Artikel 7 Abs. 4 neu an jedweder Einschränkung, auf welche Sachverhalte das Kopplungsverbot Anwendung finden soll. Damit würden in der Praxis nicht allein solche Vertragsverhältnisse erfasst, im Rahmen derer der verantwortlichen Stelle eine monopolartige Stellung am Markt zukommt. Im Gegenteil trifft dieses Verbot mangels Einschränkung sämtliche Formen von Vertragsabschlüssen. Eine solche Beschränkung der Vertragsfreiheit ist unverhältnismäßig und weder mit deutschem noch mit europäischem Recht vereinbar. Im Übrigen ist diese Einschränkung auch überflüssig: Wenn schon bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf weitergehende Formen der Datennutzung und auf das Recht, hiergegen Widerspruch einlegen zu können, hingewiesen werden muss, besteht für ein (überschießendes) Kopplungsverbot in der jetzt vorgeschlagenen Ausgestaltung kein Bedarf.

### ■ Erwägungsgründe 25, 33 neu

Das Erfordernis einer **Differenzierung in Opt-In und Opt-Out Modelle** bei einwilligungsbasierten Datenverarbeitungen bleibt weiter unberücksichtigt. Das heute fein austarierte, höchststrichterlich bestätigte Prinzip eines am Risiko der Datenverarbeitung orientierten Einwilligungssystems wird zu Lasten eines strikten Opt-In aufgegeben. Der in Erwägungsgrund 25 neu aufgenommene Passus, wonach die Nutzung eines Dienstes allein nicht ausreichen soll, um einzelne Datenerhebungen einwilligungsbasiert (im Wege eines Opt-Out) zu legitimieren, ist insofern ein weiterer Schritt in die falsche Richtung. Die darüber zu erwartenden „**Log-In-Effekte**“ werden ausschließlich kleine und mittlere Unternehmen beeinträchtigen, denen das Einholen einer aktiven Einwilligung naturgemäß deutlich schwerer fällt, als bspw. prädominanten Internetkonzernen mit einer faktisch monopolartigen Stellung am Markt. Die Regulierung führt hierdurch zu einer Verstärkung des Verdrängungswettbewerbs und letztlich zu einer Einschränkung des Angebots bei tendenziell steigenden Preisen. Zudem wird das erklärte Ziel einer Regulierung gerade solcher „Datensammler“ durch die sakrosankte Fokussierung auf das Opt-In-Modell in eine Bevorzugung solcher Geschäftsmodelle und damit in das Gegenteil verkehrt.

Auch der neu formulierte Erwägungsgrund 33 offenbart das Dilemma der weiterhin unterbliebenen Unterscheidung der Zulässigkeit einwilligungsbasierter Datennutzung nach Risikoklassen. Warum eine auch seitens des BGH gebilligte deutlich hervorgehobene und als Opt-Out ausgestaltete Einwilligungserklärung im Bereich des postalischen Marketings in Zukunft nicht mehr ausreichend sein soll, ist und bleibt unverständlich. Der Verweis auf die Zulässigkeit einwilligungsbasierter postalischen Marketings auf Grundlage von Opt-In-Einwilligungen geht ersichtlich an den praktischen Gegebenheiten vorbei. Der bvh insistiert deshalb weiterhin auf einer Beibehaltung des wohl austarierten, höchstrichterlich bestätigten Systems einer Unterscheidung zwischen Einwilligungen in online- und Einwilligungen in offline-Vertriebsformen.

#### Artikel 13a neu und 14 neu | Informationspflichten

Der Einsatz für eine **bedarfsgerechte Information des Betroffenen** durch die verantwortliche Stelle wird durch den bvh ausdrücklich unterstützt. Bedarfsgerecht und angemessen können Informationspflichten hingegen nur dann sein, wenn die Bedürfnisse von Betroffenen und Unternehmen gleichermaßen berücksichtigt werden. Die sog. Kompromissvorschläge verkennen beides: Anstatt Transparenzvorgaben in bedarfsgerechte proaktive Informations- und nachgelagerte Auskunftspflichten, auf Anfrage des Betroffenen, zu untergliedern, verlieren die nun vorgegebenen Informationspflichten jegliches Maß. Die in diesem Punkt bereits an den Vorentwürfen nahezu ausnahmslos geübte Kritik wurde durch die Verfasser der sog. Kompromissvorschläge nicht einmal ansatzweise berücksichtigt. Auch fehlt es abermals an einer sachgerechten **Differenzierung zwischen online- und offline-Szenarien**. Ob durch die Verwendung wahllos konzipierter, teilweise antiquiert wirkender und jedenfalls nicht selbsterklärender Icons auf Seiten des Verbrauchers tatsächlich das angestrebte Mehr an Aufklärung und Selbstreflektion erreicht werden kann, ist zu bezweifeln.

Dass diese Form der Darstellung allerdings verpflichtend für alle Formen der Datenerhebung eingeführt werden soll, ist unter keinen Umständen vertretbar. Dies insbesondere dann nicht, wenn die Verwendung solcher Darstellungsformen zusätzlich zu den bereits vorhandenen und schon für sich betrachtet völlig ausufernden Informationspflichten vorgehalten werden müssen. Bedeuteten schon vor Einführung von Artikel 13a neu die geplanten neuen Informationspflichten eine erhebliche Gefahr für das **Fortbestehen kleinerer Werbeträger** (Postkarten, etc.) werden diese nunmehr definitiv vom Markt verschwinden. Der damit verbundene Eingriff in die unternehmerische Freiheit und in weiterhin

wichtige Wertschöpfungsprozesse des Distanzhandels wird durch den (fragwürdigen) Mehrwert der neuen Vorgaben nicht kompensiert. Der bvh bleibt bei seiner Forderung, hinsichtlich der wichtigen und richtigen Transparenzvorgaben eine sinnstiftende Verteilung in proaktive Informationspflichten und Auskunftspflichten auf Anfrage nach deutschem Vorbild vorzunehmen. Die Einschränkung für kleine und Kleinstunternehmen in Artikel 14 Abs. 4 (bb) genügt nicht.

Gemäß der neu eingeführten Informationspflichten sollen verantwortliche Stellen künftig auch über die **Logik einer automatisierten Datenverarbeitung** informieren, Artikel 14 Abs. 1 (gb). Was sich hinter dieser Anforderung verbirgt, ist unklar. Jedenfalls nicht erfasst werden darf hiervon die Pflicht zur Information über das Zustandekommen von Wahrscheinlichkeitswerten oder über sonstige vertrauliche Entscheidungs- und Geschäftsprozesse. Eine solche weitgehende Auslegung würde mit anderen verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten (Art. 12 und 14 GG) kollidieren. Eine entsprechende Klarstellung ist angezeigt.

Gemäß Art. 14 Abs. 1 (h) soll dem Betroffenen im Falle eines **Datentransfers in Drittstaaten** „Kopien“ solcher Dokumente ausgehändigt werden, aus denen die Einhaltung angemessener Schutzmaßnahmen im Rahmen dieser Transfers hervorgeht. Nach dem Wortlaut der Norm gilt diese Vorschrift u.a. auch für vertragliche Vereinbarungen zwischen Daten verarbeitenden Stellen und für Binding Corporate Rules. Nimmt man diese Vorgabe ernst, muss damit dem Betroffenen künftig ein im Einzelfall regelmäßig umfangreiches Dossier in Kopie zur Verfügung gestellt werden. Der bürokratische Aufwand in den Unternehmen, die damit verbundenen Kosten sowie das Risiko, dass hierdurch auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenbart werden müssen, steht gegenüber dem zu erwartenden Mehrwert auf Seiten des Verbrauchers in keinem Verhältnis. Vor dem Hintergrund des erklärten Zieles der EU-Kommission, die Rahmenbedingungen für allgegenwärtige internationale Datentransfers praxisgerechter gestalten zu wollen, wird mit dieser Vorgabe allein das Gegenteil erreicht. Richtig ist, dass auch und gerade angesichts international stattfindender Datenflüsse dem Transparenzgedanken ein ganz besonderes Gewicht zukommt. Die nun vorgeschlagene Regelung ist zur Erreichung dieses Zieles hingegen ersichtlich nicht geeignet.

#### Artikel 19 neu | Widerspruchsrecht

Anders als im Entwurf der EU-Kommission soll dem Betroffenen nach den sog. Kompromissvorschlägen künftig ein **voraussetzungsloses Widerspruchsrecht gegen jede Form der Datenverarbeitung** zukommen, soweit diese auf Grundlage einer Interessenabwägung im Sinne von Artikel 6 (f) erfolgt. Sofern am Ende eines ohnehin bereits mit erheblichen Unsicherheiten verbundenen Abwägungsprozesses (vgl. oben) von der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung ausgegangen werden darf, muss die verantwortliche Stelle demnach gleichwohl damit rechnen, dass dieser zulässigen Datenverarbeitung durch den Betroffenen widersprochen wird. Der im deutschen Recht ursprünglich als Kompensation für die intendierte Zulässigkeit der Datennutzung zu Zwecken der Werbung vorgesehene Widerspruch, wird damit auf alle Datenverarbeitungen auf Grundlage von Artikel 6 (f) ausgeweitet, ohne dass die Erforderlichkeit einer solchen Regelung nachgewiesen wird.

#### Artikel 20 neu | Profiling

Der Anknüpfungspunkt für das ausnahmsweise zulässige Erstellen einer Wahrscheinlichkeitsberechnung in Artikel 20 Abs. 2 (a) ist unsachlich. Im Bereich rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse sollen solche vorgelagerten Analysen nur noch zulässig sein, wenn diese notwendigerweise für („**necessary for**“) den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrages vorgenommen werden müssen. Wie bereits in dem Berichtsentwurf des Hauptberichterstatters soll auch nach den sog. Kompromissvorschlägen die Zulässigkeit nicht an die berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle sondern an die Notwendigkeit für die Begründung und den Vollzug eines Rechtsgeschäfts geknüpft werden. Im Zuge eines Vertragsanbahnungsverhältnisses erfolgende Bonitätsprüfungen, etwa um im Bereich des E-Commerce- und Versandhandels im Rahmen des **unternehmensinternen Risikomanagements** eine Vorauswahl der möglichen Bezahlverfahren (z.B. den kundenfreundlichen Kauf auf Rechnung, Ratenlieferungsverträge) treffen zu können, werden von dieser Ausnahme ihrem Wortlaut nach nicht erfasst. Im Sinne größtmöglicher Rechtssicherheit soll der Europäische Gesetzgeber sagen was er meint und die Durchführung solcher Prüfungen, wie im geltenden Recht auch, an das berechnete Interesse der verantwortlichen Stelle knüpfen.



## Artikel 22 | Konzernprivileg

Der bvh anerkennt, dass der sog. Kompromissvorschlag der praktischen **Relevanz konzerninterner** Datenflüsse Rechnung tragen will. Erläuterungsbedürftig erscheint mit Blick auf die in Art. 22 Abs. 3a neu getroffene Formulierung hingegen zum einen, welche Datentransfers unter „administrative Zwecke“ subsumiert werden können. Da hinsichtlich personenbezogener Beschäftigten-daten in Art. 82 Abs. 1 (d) eine eigenständige Vorschrift geschaffen wurde, sollen von Art. 22 Abs. 3a wohl – zu Recht – v.a. Kunden- und Lieferantendaten erfasst sein. Vor diesem Hintergrund erscheint die Anknüpfung an administrative Zwecke als nicht hinreichend rechtsklar. Schließlich rekuriert Art. 22 Abs. 3a nach seinem Wortlaut allein auf die Datenübermittlung. Zur Klarstellung sollte im weiteren Verlauf auch die **Zulässigkeit der Verarbeitung** konzernintern transferierter Daten in die Norm aufgenommen werden.