

- Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. -

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
18(4)812

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf für ein

Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz (DSAnpUG-EU)

Berlin, 13. März 2017

Ansprechpartner: RA Sebastian Schulz, Leiter Rechtspolitik & Datenschutz

Der Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh) repräsentiert als die **Interessenvertretung der Online- und Versandhandelsbranche** Unternehmen aller Größen und Handelsformen (Online, Multichannel, Katalog, TV-Shopping, Plattformhändler und -betreiber). Mit seinen über 500 Mitgliedern steht der bevh für **rund 75% des gesamten Branchenumsatzes** auf dem deutschen Markt. Darüber hinaus sind dem Verband mehr als 130 Dienstleister aus dem Umfeld der E-Commerce-Branche angeschlossen.

Im Einzelnen nehmen wir **zu Artikel 1 des o.g. Entwurfs** wie folgt Stellung:

1. Zum Erfordernis eines nationalen Anpassungsgesetzes

Die EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) ist **für den Rechtsanwender eine Herausforderung**, die mit vielen Unwägbarkeiten verbunden ist. Obwohl im Vergleich zum aktuell noch geltenden Recht auf materiell-rechtlicher Ebene kaum neue Vorgaben zu verzeichnen sind, wird durch die erforderliche Neubewertung der nunmehr **autonom-europarechtlich auszulegenden Vorgaben** eine rechtskonforme Umsetzung zum Glücksspiel. Hinzu kommt, dass die durch den EU-Verordnungsgeber gewählte technikneutrale, maximal-abstrahierende Gesetzestechnik das Gegenteil von Rechtsklarheit und -sicherheit darstellt. Das dem Datenschutzrecht ohnehin immanente Interpretationsrisiko verlagert sich durch die DS-GVO nochmals stärker auf den Rechtsanwender, was insbesondere vor dem Hintergrund des neu eingeführten drakonischen Sanktionsrahmens als überaus bedenklich erscheint.

Vor diesem Hintergrund ist ein **nationales Begleitgesetz**, das in den Grenzen der Vorgaben der DS-GVO Konkretisierungen des europäischen Rechtsrahmens vornimmt, zweifellos **zu begrüßen**. Dies gilt umso mehr, als es sich bei geschätzten 75% des vorliegenden Entwurfs allein um obligatorische, d.h. nach der DS-GVO bzw. der neuen EU-Datenschutzrichtlinie zwingend zu regelnde Aspekte handelt. Allerdings geben wir zu bedenken, dass der Gesetzgeber an dieser Stelle mit großer Besonnenheit vorgehen muss. Konkretisierungen bewirken nicht allein ein

Mehr an Rechtssicherheit. Typischerweise geht mit Begleitgesetzen auch eine **Sperrewirkung** einher, namentlich dort, wo ausgewählte Teilbereiche durch das Begleitgesetz explizit und damit abschließend geregelt werden. Insbesondere bei der Ausgestaltung von Artikel 6 Absatz 4 DS-GVO (unten 3.), aber auch etwa im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes (unten 5.) kann dies in der Praxis zu erheblichen Folgeproblemen führen, die durch den Gesetzgeber möglicherweise so nicht intendiert waren.

2. Zu §§ 17f.; §§ 40f. BDSG-E | Nationale Datenschutzaufsichtsbehörden

Der Gesetzentwurf macht Vorgaben für das Verfahren zur internen Beschlussfassung zwischen den 18 Datenschutzaufsichtsbehörden in Deutschland. Die feingranularen Regelungen in § 18 BDSG-E adressieren jedoch allein die Kompetenzverteilung (i) zur Vorlage eines Entwurfes für einen gemeinsamen Standpunkt bei fehlender Einigungsfähigkeit sowie (ii) zur Verhandlungsführung im Europäischen Datenschutzausschuss (Art. 68 DS-GVO). Vorgaben für die in der Praxis primär relevante Frage des internen Beschlussverfahrens zwischen den Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, etwa zum Abstimmungsprozess bei (länder-)grenzüberschreitenden Sachverhalten, zu erforderlichen Quoren, einzuhaltenden Fristen usw. fehlen vollständig. Es ist bezeichnend, dass sich auf europäischer Ebene 28 Mitgliedstaaten auf geordnete, straffe und die eigenen Kompetenzen nicht unwesentlich beschneidende Verfahren verständigen konnten, vergleichbare Regeln auf der Ebene des nationalen Rechts hingegen weiterhin fehlen (sollen). Die hieraus resultierende Rechtsunsicherheit ist für die Daten verarbeitende Wirtschaft aber auch für die Behörden selbst überaus unerfreulich. In Anlehnung an das in den Art. 60ff. DS-GVO geregelte sog. Kohärenzverfahren und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zur Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht sollten auch **für Abstimmungsprozesse der nationalen Datenschutzaufsichtsbehörden konkrete Vorgaben** erlassen werden. Zur Vermeidung von Entscheidungen allein am „grünen Tisch“ sollte im Zuge dessen, angelehnt an den Vorgaben von §§ 47f. GGO, eine **obligatorische Befassung der jeweils betroffenen Kreise** vorgesehen werden.

Losgelöst von den vorstehend dringend anzuregenden Ergänzungen sollte perspektivisch endlich der politische Wille zur **Abschaffung der föderalen Zersplitterung der Datenschutzaufsicht im nicht-öffentlichen Bereich** gefasst werden. In einem vereinten Europa, das im Bereich des Datenschutzes sowohl in materiell-rechtlicher Hinsicht als auch auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung über einen vollharmonisierten Rechtsrahmen verfügt, erscheint die allein in Deutschland gelebte Praxis einer sachlichen wie regionalen Aufspaltung der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeiten als anachronistisch und als zunehmend nicht mehr praktikabel.

3. Zu § 24 BDSG-E | Weiterverarbeitung nach Zweckänderung

Entsprechend der Vorgaben in § 24 BDSG-E sollen personenbezogene Daten in nur zwei Fallkonstellationen zu einem anderen als dem ursprünglichen Erhebungszweck weiterverarbeitet

werden dürfen. Die Entwurfsverfasser wählen an dieser Stelle den denkbar engsten Weg zur Umsetzung der Vorgaben von Art. 6 Abs. 4 DS-GVO. Blicke es bei dieser engen Vorgabe, hätte dies in der Praxis weitreichende negative Auswirkungen. So muss insbesondere die Streichung der noch im Vorentwurf enthaltenen Möglichkeit, eine **Weiterverarbeitung auch auf Grundlage einer allgemeinen Interessenabwägung** zu gestatten, rückgängig gemacht werden. Sollte es an dieser Stelle nicht zu einer Fortführung des geltenden Rechts¹ kommen, bleiben die Rechtsanwender auf lange Sicht auf die in der Praxis schlechterdings nicht zu handhabenden Vorgaben des sog. Kompatibilitätstest des Art. 6 Abs. 4 DS-GVO angewiesen. Einwänden, wonach es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt sein soll, auf Grundlage von Art. 6 Abs. 4 DS-GVO auch eine allgemeine Interessenabwägungsklausel als Erlaubnistatbestand im mitgliedstaatlichen Recht zu schaffen, sind unbegründet und verkennen die praktische Relevanz einer solchen Norm. Über die **Beibehaltung des Korrektivs eines schutzwürdigen Ausschlussinteresses** der betroffenen Person würde den Vorgaben von Art. 23 DS-GVO ersichtlich angemessen Rechnung getragen, wobei zum Zwecke der Stärkung der Rechte der betroffenen Person der Abwägungsmaßstab des § 28 Abs. 2 a. E. BDSG auch auf die Abwägung mit den Interessen des Verantwortlichen ausgeweitet werden könnte.

4. Zu § 26 BDSG-E | Beschäftigtendatenschutz

a. Ausschluss der allg. Interessenabwägungsklausel; § 26 Abs. 1 BDSG-E

Dass sich die Entwurfsverfasser für eine grundsätzliche Fortführung der Vorgaben aus § 32 BDSG entschieden haben, ist **zu begrüßen**. Die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird so auch in Ansehung der DS-GVO grundsätzlich weiter Bestand haben können und für Rechtssicherheit sorgen. Die Vorschrift kann dennoch nicht frei von Kritik sein. So ist erstens fraglich, ob der vollständige **Ausschluss der allgemeinen Interessenabwägung im Beschäftigungsverhältnis** mit den übrigen Vorgaben der DS-GVO vereinbar ist. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO gestattet dem nationalen Gesetzgeber allein „spezifischere“ Vorschriften zur Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis zu erlassen. Gemeint sind Konkretisierungen der in den Artikeln 6 und 9 DS-GVO normierten Erlaubnistatbestände. Macht der nationale Gesetzgeber von dieser Öffnungsklausel Gebrauch, darf dies aber nicht zu einem (teilweisen) vollständigen Ausschluss einzelner Erlaubnistatbestände führen. Anderenfalls droht die Norm infolge ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 DS-GVO und in Ansehung der Rechtsprechung des EuGH² für nichtig erklärt zu werden. Empfohlen wird daher ein Zusatz, wonach die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext **auch auf Grundlage der allgemeinen Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO** zulässig ist. Erfolgt diese Klarstellung nicht, ist im überaus praxisrelevanten Bereich des Beschäftigtendatenschutzes eine weitere Verstärkung des zu Recht beklagten datenschutzrechtlichen Flickenteppichs innerhalb der EU zu besorgen,

¹ Vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 1 iVm § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG (Interessen des Verantwortlichen); § 28 Abs. 2 Nr. 2 a) BDSG (Drittinteressen).

² Vgl. EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – 582/14 („Breyer“).

da in Mitgliedstaaten, in denen die Regelungsoption des Art. 88 DS-GVO nicht wahrgenommen wird, weiterhin und ganz selbstverständlich Datenverarbeitungen im Beschäftigungsverhältnis auch auf Grundlage der allgemeinen Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO vorgenommen werden.

b. Formerfordernis der Einwilligungserklärung; § 26 Abs. 2 BDSG-E

Dass im Beschäftigungskontext abgegebene Einwilligungserklärungen grundsätzlich der **Schriftform** bedürfen sollen, erscheint im Zeitalter der Digitalisierung als **anachronistisch und als zu bürokratisch**. Die durch die Entwurfsverfasser angeführte Begründung, wonach hierüber die Nachweispflicht des Arbeitgebers im Sinne von Art. 7 Abs. 1 DS-GVO konkretisiert werden sollte, ist redundant. Eine solche besteht ohnehin und unabhängig vom Kontext der Datenverarbeitung. Kann der für die Verarbeitung Verantwortliche den erforderlichen Nachweis nicht führen, eröffnet sich für diesen ein nicht unerhebliches Sanktionsrisiko, weshalb hier schon aus eigenem Interesse Wert auf Nach- und Beweisbarkeit zu legen ist. Für die Schaffung spezifischer Formvorschriften besteht insoweit bereits kein Regelungsbedürfnis. Wird ein solches gleichwohl angenommen, erscheint eine Vorgabe zur Einholung einer **Einwilligung in Textform** als zureichend und zeitgemäß, da hierüber auch Einwilligungserklärungen in Form von Klickboxen, per Email usw. ausreichen würden. Die Befassungspflicht des Beschäftigten bliebe auch in diesen Konstellationen erhalten; dem Schutzgedanken der Norm würde weiterhin Rechnung getragen.

c. Verengung der Zulässigkeit einwilligungsbasierter Datenverarbeitung; § 26 Abs. 2 BDSG-E

Dass Einwilligungen nur dann einen wirksamen Erlaubnistatbestand darstellen, wenn neben der Informiertheit auch die Freiwilligkeit der Abgabe sichergestellt ist, ist eine Grundvoraussetzung. Auch die DS-GVO macht an gleich mehreren Stellen die Relevanz der Freiwilligkeit der Einwilligung deutlich. Ob vor diesem Hintergrund Konkretisierungen dieses Grundsatzes durch den nationalen Gesetzgeber überhaupt erforderlich sind, darf bezweifelt werden. Nachgerade problematisch werden solche Konkretisierungen aber dann, wenn hierüber ausgewählte Bereiche einer einwilligungsbasierten Datenverarbeitung rechtlich oder faktisch geradewegs entzogen werden. Mag die Formulierung in § 26 Abs. 2 S. 2 BDSG-E zwar davon sprechen, dass Einwilligungen im Beschäftigungsverhältnis „insbesondere“ bei für den Beschäftigten vorteilhaften bzw. bei gleichgelagerten Interessen als freiwillig angesehen werden können, wird hierüber doch eine Intention des Gesetzgebers deutlich, die die Zulässigkeit von Einwilligungen, die nicht in diese Kategorien fallen, unnötig erschwert. So ist insbesondere **unklar, wann noch von gleichgelagerten Interessen ausgegangen werden kann**. Auch ein Blick in die Gesetzesbegründung hilft an dieser Stelle nicht. Im Gegenteil kann an dieser Stelle bezweifelt werden, dass ein Beschäftigter im Rahmen einer einwilligungsbasierten Veröffentlichung seiner Bilddaten im Intranet eines Unternehmens stets ein dem Veröffentlichungsinteresse des Arbeitgebers gleichrangiges Interesse hat. Umgekehrt verkennt die aktuell gewählte Formulierung, die auf das Vorliegen synallagmatischer Interessen hindeutet, dass sich die

Gleichrangigkeit der betroffenen Interessen in der Praxis oftmals erst aus einer Gesamtschau ergibt, im Rahmen derer sich „Geben und Nehmen“ in Summe die Waage halten. Es wird daher angeregt, die Sätze 1 und 2 in § 26 Abs. 2 BDSG-E **zu streichen oder zumindest insoweit zu ergänzen**, als dass sich die Gleichrangigkeit der Interessen „aus einer Gesamtschau“ ergeben kann.

5. Zu § 31 BDSG-E | Auskunfteienwesen und Scoring

Anders als durch die Gesetzesbegründung suggeriert, regelt § 31 Abs. 2 BDSG-E nicht mehr die Modalitäten der Einmeldung, d.h. der Datenübermittlung an Auskunfteien, sondern die Zulässigkeit der Verwendung eines durch eine Auskunftei ermittelten Wahrscheinlichkeitswertes. Streng am Wortlaut orientiert soll nunmehr die Verwendung eines von einer Auskunftei ermittelten Wahrscheinlichkeitswertes vom Vorliegen bestimmter Kriterien abhängig gemacht werden. Gemeint und orientiert an der Gesetzesbegründung ist aber wohl eine Fortführung des Schutzgedankens von § 28a BDSG und damit eine Regulierung der Zulässigkeit der Datenübermittlung an Auskunfteien. Die Entwurfsfassung macht auch allein bei einer so vorgenommenen Interpretation Sinn, da Auskunfteien typischerweise keine Kenntnis über die Tatbestandsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 S. 1 BDSG-E haben. Zu dem vermeintlich gewollten Ergebnis der Fortführung des status quo, das im Sinne eines **Mehr an Rechtssicherheit** grundsätzlich auch zu begrüßen ist, kommt der Rechtsanwender allerdings nur noch „über Umwege“.

Entscheidet sich der deutsche Gesetzgeber für die beschriebene Neuformulierung sollte **zumindest der Wortlaut** von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 Buchst. c) und Nr. 5 BDSG-E **angepasst werden**. Gerade im Online- und Versandhandel werden im Falle von Zahlungstörungen Schuldner nicht selten durch eingeschaltete Dritte, etwa durch mit der Forderungsdurchsetzung beauftragte Dienstleister kontaktiert und durch diese über ihre Rechte informiert. Solche Unternehmen sind aber nicht selbst Gläubiger der offenen Forderung. Eine strenge allein am Wortlaut der Norm erfolgende Auslegung könnte mithin zu unerwünschten Ergebnissen führen. Konkret wird daher folgende Änderung angeregt:

§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4

[...]

c) der ~~Gläubiger den~~ Schuldner zuvor, jedoch frühestens bei der ersten Mahnung, über eine mögliche Berücksichtigung durch eine Auskunftei unterrichtet **worden ist**

§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 5

deren zugrundeliegendes Vertragsverhältnis aufgrund von Zahlungsrückständen fristlos gekündigt werden kann und bei denen der ~~Gläubiger den~~ Schuldner zuvor über eine mögliche Berücksichtigung durch eine Auskunftei unterrichtet **worden ist**.

6. Zu § 32f. BDSG-E | Betroffenenrechte

Dass über die §§ 32f. BDSG-E die heute existierenden Ausnahmen von grundsätzlich bestehenden Rechten der betroffenen Person fortgeführt werden sollen, ist nicht nur **sinnvoll**, sondern auch in Ansehung der betroffenen Grundrechte des für die Verarbeitung Verantwortlichen dringend **erforderlich**. Einwände, wonach die angedachten Beschränkungen über die bereits existierenden Ausnahmen hinausgingen und insoweit das bestehende Schutzniveau unterminieren würden, sind schlichtweg falsch. Im Gegenteil werden einzelne, heute existierende Ausnahmen gerade nicht in den Gesetzestext des künftigen BDSG übernommen. Dies ist unverständlich und sachlich nicht zu rechtfertigen. Wir setzen uns deshalb für eine **1:1-Übernahme sämtlicher heute existierender Ausnahmetatbestände** ein. Die §§ 32f. BDSG-E bedürfen insoweit der nachfolgenden Ergänzungen:

- Übernahme von § 33 Abs. 2 Nr. 2 BDSG in § 33 BDSG-neu
- Übernahme von § 33 Abs. 2 Nr. 7a und 7b BDSG in § 33 BDSG-neu

7. Zu § 37 BDSG-E | Automatisierte Einzelentscheidungen

Die in § 37 BDSG-E vorgenommene Formulierung ist in mehrfacher Hinsicht missglückt. Zum einen stellt sich bereits die Frage, mit welcher Begründung der Gesetzgeber derart offensichtlich **Partikularinteressen einer einzelnen Branche** zu entsprechen versucht. Dies ist umso verwunderlicher, als die allein zugunsten der Versicherungsbranche vorgeschlagene Norm **schlichtweg überflüssig** ist. Die in § 37 Abs. 1 BDSG-E geregelten Fälle werden vom Regelungsgehalt des Art. 22 DS-GVO nämlich gar nicht erfasst. Es besteht daher bereits kein Bedürfnis, die Konstellation einer automatisierten Entscheidung auf Grundlage „verbindlicher Entgeltregelungen“ aus dem Anwendungsbereich von Art. 22 DS-GVO wieder herauszulösen.

Begründung: Betroffene Personen dürfen nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO keiner Entscheidung „unterworfen werden“. Ein solches „**Unterworfen sein**“, liegt aber nur dann vor, wenn der Verantwortliche die Bedingungen der Verarbeitung und damit die Grundlagen der automatisierten Entscheidung einseitig festlegt. Erforderlich ist somit, dass die Datenverarbeitung zu einer von der betroffenen Person nicht beeinflussten Entscheidung führt und der Computer nicht nur lediglich etwas ausführt, was auf Grundlage feststehender Parameter vorgezeichnet ist. Letzteres ist aber bei verbindlichen Entgeltregelungen, auf die kein Einfluss genommen werden kann, ersichtlich der Fall.

Des Weiteren werden nach dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 DS-GVO **nur beeinträchtigende (rechtliche) Wirkungen**, d.h. nur solche, die Rechtspositionen der betroffenen Person negativ beeinflussen, **erfasst**. Eine solche Auslegung entspricht auch dem Schutzzweck der Norm; vor einer vollständig begünstigenden Entscheidung muss der Einzelne nicht geschützt werden. Die DS-GVO ist an dieser Stelle im Vergleich zu Art. 15 Abs. 1 RL 95/46/EG, nach dem sich

„beeinträchtigt“ noch allein auf die „Entscheidung“, nicht aber auch auf die „rechtliche Folge“ erstreckt, präziser. Eine andere Lesart hätte zur Folge, dass der Ordnungsgeber rechtliche Wirkungen per se als erheblich beeinträchtigt einstufen würde oder aber die in einer rechtlichen Wirkung immanent liegende gestaltende Wirkung zum gesonderten Maßstab erhebt. Beides erscheint als unsinnig. Eine auf Grundlage von Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO grundsätzlich denkbare, § 6a Abs. 2 Nr. 1 BDSG vergleichbare Ausnahmvorschrift im nationalen Recht für die betroffene Person begünstigende automatisierte Entscheidungen ist danach nicht erforderlich.

Wird der letztgenannte Aspekt durch den nationalen Gesetzgeber anders bewertet, wird eine branchenoffene, nicht an Partikularinteressen orientierte Formulierung angemahnt. Hier allein Partikularinteressen einer einzelnen Branche zu entsprechen, ist inakzeptabel. Vielmehr sollten dann automatisierte Entscheidungen **in allen Branchen** von der Regelung des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO ausgeschlossen sein, wenn dem Begehren der betroffenen Person vollumfänglich stattgegeben wurde.