**Position**

**des [vdav] Verband der Deutschen Auskunfts- und Verzeichnismedien e.V.**

**zur Neufassung des europäischen Datenschutzrechts**

**Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) – KOM(2012)11 endgültig**

Register-Nummer: 12238962750-40

Der [vdav] – Verband Deutscher Auskunfts- und Verzeichnismedien e.V. ist der Wirtschaftsverband der in Deutschland tätigen Medienunternehmen, deren Produkte und Dienstleistungen auf der Veröffentlichung von Kommunikationsadressen oder ähnlich systematisch geordneten Informationen basieren.

Zu den von den Mitgliedsunternehmen des [vdav] herausgegeben Medien zählen in erster Linie Verzeichnisdienste wie Telekommunikations- und Branchenverzeichnisse, Stadtadressbücher sowie B2B-Informationen in allen medialen Ausprägungen, also als Print-, CD/DVD -, Online-, Mobil- APP- oder Voice-Angebot.

Hierzu gehören u. a. Angebote und Marken wie DasTelefonbuch, GelbeSeiten, DasÖrtliche, gewusst-wo, GoYellow, Telegate, MeineStadt.de, Wer liefert Was?, MyHammer oder auch die Angebote des Hauses Bisnode Hoppenstedt Wirtschaftsinformationen.

Diese Medien generieren als Kommunikations- und Informationsmedien Kontakte zwischen Anbietern, Dienstleistern und ihren Kunden sowohl im Bereich Business to Consumer, als auch in der Business to Business-Kommunikation. Als unverzichtbares Bindeglied schaffen sie tagtäglich Millionen von wertvollen Kontakten, die für die Prosperität von Industrie, Gewerbe, Handwerk und Freiberuflern unverzichtbar sind und bleiben.

Dem 1920 gegründeten [vdav] gehören zur Zeit rund 160 meist mittelständisch/familiär geprägte Medienunternehmen an, die einen Werbeumsatz von rund 1.200 Mio. Euro pro Jahr erwirtschaften.

Direkt und indirekt sichern diese Unternehmen rund 30.000 Arbeitsplätze in Deutschland.

**I. Einleitung**

Der [vdav] begrüßt die Initiative der EU- Kommission zur Modernisierung und Harmonisierung des Europäischen Datenschutzrechts. Mit ihrem umfassenden Vorschlag für eine grundlegende Überarbeitung des europäischen Datenschutzrechts soll die Verarbeitung personenbezogener Daten durch unternehmen vollständig neu geregelt werden. Dies bedeutet aber auch, dass mit einer unmittelbar in ganz Europa geltenden Datenschutzverordnung (DSVO), die in Deutschland geltenden Gesetze, wie das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie weitere datenschutzrechtliche Bestimmungen in anderen Gesetzen, z.B. das Telekommunikationsgesetz (TKG) außer Kraft gesetzt werden.

Der am 25.01.2012 vorgelegte Entwurf der EU-Kommission verfolgt die Ziele, das Recht

auf informationelle Selbstbestimmung und die Datenkontrolle der EU-Bürger zu stärken und

zugleich das Wirtschaftswachstum im Binnenmarkt anzukurbeln, Innovationen zu unterstützen

und Beschäftigung zu fördern; Unternehmen aus der EU soll durch die geplante Verordnung

ein Vorteil im globalen Wettbewerb verschafft werden. Aus Sicht des [vdav] enthält der vorliegende Entwurf zahlreiche Verbesserungsvorschläge gegenüber der geltenden Gesetzeslage, berücksichtigt jedoch nicht konsequent die selbstgestellten Ansprüche und die unterschiedlichen Regelungsbereiche, um künftig ein jeweils angemessenes Datenschutzniveau zu gewährleisten.

Dabei ist der neben den nachfolgenden angesprochenen Themen auch der grundsätzliche Ansatz des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt zu überdenken. In der jetzigen Ausführung und Ausgestaltung führt dieses Prinzip aus Sicht des [vdav] eher zu einer Behinderung von legitimer Datenverarbeitung und nicht zum eigentlichen Ziel der Verordnung, nämlich die Vermeidung des Missbrauchs.

Der [vdav] befürchtet, dass die möglichen negativen Auswirkungen der

Datenschutzreform auf die Werbewirtschaft und damit auf seine Mitgliedsunternehmen enorm sind:

Zahlreiche in Deutschland etablierte legale werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle wären

künftig verboten oder in der Praxis kaum realisierbar.

Dies gilt für eine Vielzahl von derzeit gängigen Geschäftsmodellen. Die Entwicklung neuer innovativer, auf die Bedürfnisse aller Beteiligten zugeschnittener Geschäftsmodelle wird über Gebühr beeinträchtigt bzw. verhindert. Für den Wirtschaftsstandort Europa hätte dies im Vergleich zum außereuropäischen Ausland schwere negative Folgen.

Der Vorschlag enthält für die Wirtschaft kaum zu übersehende bürokratische Pflichten. Die

beabsichtigte Verringerung des Verwaltungsaufwands für die Unternehmen spiegelt sich in

dem vorliegenden Entwurf nicht wider. Die Tatsache, dass sich die EU-Kommission mit einer

Vielzahl von „delegierten Rechtsakten“ und „Durchführungsrechtsakten“ umfassende Befugnisse

einräumt, den Datenschutz künftig außerhalb des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens

eigenständig zu verschärfen, macht die geplante Verordnung für die Wirtschaft außerdem

unberechenbar und bietet keine ausreichende Rechts-und Investitionssicherheit. Zudem

wird dadurch die Rechtssetzungsbefugnis des Parlaments und der Mitgliedstaaten in

besonders grundrechtssensiblen Fragen deutlich beschränkt.

Datenverarbeitungsvorgänge sind ein wesentliches Element der modernen, informationsbasierten

Gesellschaft. Datenverarbeitungssysteme tragen wesentlich sowohl zum wirtschaftlichen

als auch zum sozialen Fortschritt bei. Für die Werbewirtschaft ebenso wie für zahlreiche

andere Wirtschaftsbereiche ist die Verarbeitung personenbezogener Daten unverzichtbare

Grundlage der täglichen Arbeit. Diese Erfordernisse muss der Rechtsrahmen für das

Grundrecht zum Schutz personenbezogener Daten auch in Zukunft hinreichend beachten.

Darüber hinaus würde sich der [vdav] wünschen, dass die Datenverarbeitung im Rahmen des vorgelegten Entwurfs grundsätzlich erlaubt und durch mögliche „Leitplanken“ eingegrenzt wird.

Aus Sicht des [vdav] sollte eine Datenschutzverordnung mehr auf die Ziele eines modernen und effektiven Datenschutzes in einer dauernd wachsenden sowie anspruchsvolleren Informationsgesellschaft sein und weniger Vorgaben und Verbote im Detail beinhalten.

Daher möchten wir anregen, den Verordnungsentwurfs der EU-Kommission mit nachfolgenden Aspekten weiterzuentwickeln, damit eine zukunftsfähige, effiziente und auf dem Prinzip der Verantwortlichkeit basierende europäische Datenschutzverordnung ermöglicht wird.

**II. Die wichtigsten Aspekte für den [vdav] im Überblick**

**1. Differenzierte Anwendungsweise des Datenschutzrechts**

Aus Sicht des [vdav] sind keine sachlichen Gründe zu erkennen, warum der Anwendungsbereich der aktuellen Datenschutz-Richtlinie 95/94/EG durch die Neufassung der Definition der Begriffe „personenbezogene Daten“ und betroffene „Person“ ausgeweitet werden sollte. Danach würde künftig nahezu jedweder Umgang mit Informationen, sei es im Offline-oder Online-Bereich, vom Anwendungsbereich

der Verordnung umfasst sein. Durch die geplanten Definitionen im Zusammenhang mit den Ausführungen in den Erwägungsgründen stehen triviale Informationen sensiblen Daten gleich. Demnach wird „Privates“ ebenso behandelt wie veröffentlichte Angaben, technische Gerätenummern und Dateikennzeichnungen können ebenfalls dem Anwendungsbereich unterfallen.

Die Kunden unserer Mitgliedsunternehmen gerade in Deutschland sind zu einem großen Teil juristisch nicht als Gesellschaft oder juristische Personen organisiert, sondern üben ihre Tätigkeit als natürliche Person, als Handwerker oder Freiberufler, aus. Sie sind hinsichtlich aller werbenden Maßnahmen zwingend darauf angewiesen, dass ihre Daten auf möglichst viele Websites verteilt werden, was nunmehr wesentlich erschwert wird. Eine solche Einschränkung der wirtschaftlichen Entwicklungspotentiale gerade dieser Klientel sollte nicht Zielsetzung der Gesetzgebung sein.

Angesichts der zunehmenden Relevanz von Daten in der modernen Informationsgesellschaft, sollte der Anwendungsbereich der künftigen Verordnung auf relevante Datenverarbeitungsvorgänge, die abhängig von Art und Bedeutung der Daten – triviale oder sensible – unterschiedlich hohen Voraussetzungen unterliegen müssen, beschränkt werden.

**2. Anpassung der Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung**

In Anbetracht der hohen Bedeutung des freien Verkehrs von Daten für die private und wirtschaftliche Kommunikation, sollte die erforderliche Datenverarbeitung im wirtschaftlichen Umfeld unkompliziert möglich sein. Die augenblicklich angedachten Erlaubnistatbestände sind aus zu eng und unflexibel sowie an der Lebenswirklichkeit und an den heutigen sowie zukünftig zu praktizierenden erforderlichen Datenverarbeitungsvorgängen vorbeigedacht. Bei der Verarbeitung von Daten , die in der heutigen Zeit ein selbstverständlicher Bestandteil der allgemeinen Kommunikation sind, hält der [vdav] es für realisierbar, das Persönlichkeitsschutzrecht des Betroffenen auch im Rahmen einer allgemeinen Interessenabwägung zu realisieren.

**3. Praktikable und Zukunftsfähige Einwilligung**

Aus Sicht des [vdav] ist es essentiell, die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung praktikabel auszugestalten und hierbei auch unterschiedlich hohe Risiken sowie technische Gegebenheiten, zum Beispiel im digitalen Bereich, zu beachten. Ferner fehlt noch eine praxisgerechte Definition einer Einwilligung.

**4. Beibehaltung der bewährten Widerspruchsregelung der Richtlinie 95/46/EG**

Das in der Richtlinie 95/46/EG geregelte Widerspruchsrecht (Artikel 14a) hat sich bewährt.

Die ausgewogene Vorschrift bringt das Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen

und das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen dadurch in Einklang, dass es das Widerspruchsrecht

richtigerweise von dem Bestehen eines gegenüber dem Interesse an der Datenverarbeitung

überwiegenden Schutzinteresses der betroffenen Person abhängig macht.

Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, von diesem Prinzip abzuweichen. Im Gegenteil:

Dieses ist eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die legitimen Kommunikationsinteressen

der Unternehmen im täglichen Geschäftsverkehr unter Wahrung des Rechts auf informationelle

Selbstbestimmung der Betroffenen praktikabel umgesetzt werden können.

**5. Differenzierte Regelung zur Profilbildung**

Die neu aufgenommene Vorschrift zum Profiling in Artikel 20 scheint – ebenso wie zahlreiche

andere Regelungen – speziell auf die Reglementierung der Datenverarbeitung durch soziale

Netzwerke und große Internetportale abzuzielen. Wie in vielen anderen Regelungen auch

wurden hierbei – bewusst oder unbewusst – die durch die ausufernde Formulierung drohenden

gravierenden „Kollateralschäden“ bei anderen Geschäftsmodellen, insbesondere kleiner

und mittlerer Unternehmen, unberücksichtigt gelassen. Aus unternehmerischer Sicht sollte Profilbildung möglich sein, wenn es ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen gibt und im Rahmen einer Prüfung es kein überwiegendes Interesse auf der Seite der Betroffenen festgestellt wurde, bzw. wenn keine belastendende Entscheidung für ihn damit verbunden oder zu befürchten gibt.

**6. Auftragsdatenverarbeitung**

Es ist unablässig klare Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung - insbesondere zur Aufteilung der Zuständigkeiten und der Verantwortlichkeit - zu schaffen. Ob neue Geschäftsmodelle durch die angedachten Rechtsvorhaben durch den Verordnungsentwurf gefördert oder behindert werden, wird stark von der Praxistauglichkeit der Vorgaben sein.

**7. „Recht auf Vergessen“**

Der Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung soll jeder Person das Recht einräumen „vergessen zu werden“. Es ist zu begrüßen, dass das Ziel des Entwurfes ist, den Betroffenen zu ermöglichen und zu verlangen, insbesondere mit Hinblick auf das Internet, dass ihre personenbezogenen Daten gelöscht werden, dass die Daten gelöscht werden, wenn diese nicht mehr benötigt werden. Damit wird die Dispositionsbefugnis der Datenverarbeitung ausschließlich in die Hände des Betroffenen gelegt. Aus Sicht des [vdav] ist dieser internetbezogene Ansatz durchaus nachvollziehbar, wirft aber erhebliche Fragen nach der Umsetzbarkeit auf.

**8. Delegierte Rechtsakte/Sanktionsrahmen/Bürokratie**

Im Verordnungsentwurf befinden sich eine große Anzahl von delegierten Rechtsakten, die aus Sicht des [vdav] für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgt. Wir würden es begrüßen, wenn diese daher reduziert würden. Insbesondere sollten die strengen Sanktionen vor dem Hintergrund geprüft werden, dass der Großteil der deutschen Unternehmen Datenverarbeitung vornehmen muss, um seine Geschäfte betreiben zu können. Zugleich werden für den Fall des Verstoßes gegen Verpflichtungen und andere bestimmte Vorgaben existenzgefährdene Sanktionen geknüpft, die nicht in Relation zu der Schwere fahrlässigen Verstößen stehen und dennoch greifen sollen. Hier sollte nach Auffassung des [vdav] unbedingt ein angemessenes Gleichgewicht hergestellt werden. Zudem enthält der Verordnungsentwurf viele Dokumentationspflichten und unnötige Verfahren, die unangemessene Kosten für kleine und mittelständische Unternehmen verursachen und nicht zu einem besseren Datenschutz führen.

**III. Stellungnahme**

**Nachfolgend erläutert der [vdav] die wichtigsten Positionen zum Verordnungsentwurf der EU-Kommission. Er beschränkt sich dabei auf die für unsere Mitgliedsunternehmen und deren Geschäftsmodelle wichtigsten Aspekte.**

**Stellungnahme**

EU-Datenschutzverordnung

**1. Differenzierte Anwendungsweise des Datenschutzrechts**

Aus Sicht des [vdav] sind keine sachlichen Gründe zu erkennen, warum der Anwendungsbereich der aktuellen Datenschutz-Richtlinie 95/94/EG durch die Neufassung der Definition der Begriffe „personenbezogene Daten“ und betroffene „Person“ ausgeweitet werden sollte. Danach würde künftig nahezu jedweder Umgang mit Informationen, sei es im Offline-oder Online-Bereich, vom Anwendungsbereich der Verordnung umfasst sein. Durch die geplanten Definitionen im Zusammenhang mit den Ausführungen in den Erwägungsgründen stehen triviale Informationen sensiblen Daten gleich. Demnach wird „Privates“ ebenso behandelt wie veröffentlichte Angaben, technische Gerätenummern und Dateikennzeichnungen können ebenfalls dem Anwendungsbereich unterfallen. Angesichts der zunehmenden Relevanz von Daten in der modernen Informationsgesellschaft, sollte der Anwendungsbereich der künftigen Verordnung auf relevante Datenverarbeitungsvorgänge, die abhängig von Art und Bedeutung der Daten – triviale oder sensible – unterschiedlich hohen Voraussetzungen unterliegen müssen, beschränkt werden.

* **Nach Art. 2 Abs. 2 f),**
werden in den Schutzbereich der Verordnung die Daten natürlicher Personen einbezogen. Damit hat die DS-GVO primär zwar den Schutz von Verbrauchern im Sinn, erfasst jedoch auch solche natürlichen Personen, die nicht als Verbraucher, sondern als Unternehmer tätig werden, namentlich auch solche natürlichen Personen, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln.[[1]](#footnote-1)Personen, die als Unternehmer zu behandeln sind, schafft die DS-GVO jedoch einen Schutzstandard, der solchen Personen in sonstigen Rechtsverhältnissen nicht zuteil wird. Insbesondere solche Unternehmen, die geschäftsmäßig die Daten von Unternehme(r)n verarbeiten, werden damit zu einer Differenzierung gezwungen, die sachlich fragwürdig erscheint und technisch in der Praxis Schwierigkeiten aufwirft.
* Die Gruppe der Einzelkaufleute, Handwerker, Freiberufler wie Rechtsanwälte und Ärzte gehört sowohl mit den sog. Standardeinträgen, als auch den werblich gestalteten Einträgen in den Produkten unserer Mitgliedsunternehmen zur umfangreichsten Kundengruppe. Die im VO-Entwurf formulierte Gleichbehandlung zwischen Privatperson und geschäftlich handelnder Person würde sowohl für diese Klientel selbst, als auch für unsere Mitgliedsunternehmen aufgrund einer wesentlich erschwerten, wenn nicht unmöglich gemachten Recherche und Veröffentlichung der Kommunikations- und Geschäftsdaten zu ganz erheblichen, ja existentiellen Einschränkungen führen können. Diese kann auch im Sinne eines optimierten personenbezogenen Datenschutzes nicht im Interesse des Verordnungsgebers sein.

**Vorschlag:** Es muss daher geprüft werden, ob der Anwendungsbereich der DS-GVO eingeschränkt werden kann. Beispielsweise könnte dies dadurch geschehen, dass natürliche Personen, die nicht Verbraucher im Sinne der genannten europarechtlichen Vorgaben sind, vom Anwendungsbereich entweder insgesamt ausgenommen werden, oder dass deren Daten zumindest unter erleichterten Voraussetzungen verarbeitet werden können.

**Formulierungsvorschlag:**

* Art. 2 Abs. 2 ist um einen neuen lit. f) zu ergänzen:
* Abs. 2 Buchstabe f „zu einem Zweck, der einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit der betroffenen Person zugerechnet werden kann.

**2. Anpassung der Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung**

In Anbetracht der hohen Bedeutung des freien Verkehrs von Daten für die private und wirtschaftliche Kommunikation, sollte die erforderliche Datenverarbeitung im wirtschaftlichen Umfeld unkompliziert möglich sein. Die augenblicklich angedachten Erlaubnistatbestände sind aus zu eng und unflexibel sowie an der Lebenswirklichkeit und an den heutigen sowie zukünftig zu praktizierenden erforderlichen Datenverarbeitungsvorgängen vorbeigedacht. Bei der Verarbeitung von Daten , die in der heutigen Zeit ein selbstverständlicher Bestandteil der allgemeinen Kommunikation sind, hält der [vdav] es für wichtig, das Persönlichkeitsschutzrecht des Betroffenen auch im Rahmen einer allgemeinen Interessenabwägung zu realisieren.

* **Art 23 Grundsatz der Datensparsamkeit**Der Grundsatz der Datensparsamkeit mag zwar grundsätzlich hinnehmbar sein, führt aber dann zu Wertungswidersprüchen, wenn es gerade gesetzgeberische Zielsetzung ist, möglichst umfassende und richtige Datenbestände sicherzustellen. Ein Beispiel hierfür sind die Telekommunikations-Teilnehmerverzeichnisse (Telefonbücher, De-Mail-Verzeichnis etc.), deren Vollständigkeit und Richtigkeit gerade als Grundlage für die Funktionsfähigkeit eines Telekommunikationsdienstes und letztlich einer ungehinderten Kommunikation gesehen wird.

**Vorschlag:** Für die genannten Bereiche (z. B. TK-Teilnehmerverzeichnisse) wird eine Ausnahmeregelung vom Grundsatz der Datensparsamkeit vorgesehen.

**Formulierungsvorschlag:**

* Art. 23 Abs. 2 erhält folgenden zusätzlichen Satz 3:
„Die Sätze 1 und 2 gelten nicht in Bezug auf solche Datenverarbeitungen, deren Zweck in der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung und/oder einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe besteht, soweit diese Verpflichtung oder Aufgabe eine möglichst große Vollständigkeit eines Datenbestandes bezweckt. Hierunter fallen insbesondere Telekommunikations-Teilnehmerverzeichnisse und ähnliche Dienste.“

**3. Praktikable und Zukunftsfähige Einwilligung**

Grundsätzlich sieht der [vdav] in einer für alle Bereiche geltenden Einwilligungslösung allerdings nicht das Patentrezept zur Lösung datenschutzrechtlicher Problemstellungen. Die Mitgliedsunternehmen des [vdav] verfügen als einzige Branche seit mehr als einem Jahrzehnt über valide Erfahrungen mit dem Paradigmenwechseln von einer Widerspruchslösung in den Teilnehmerverzeichnissen und Auskunftsdiensten (Widerspruch – sog. Geheimnummer – kein Eintrag im Verzeichnisdienst) hin zur Einwilligungslösung. Nach diesem Paradigmenwechsel ist bei einem Vertragsabschluss oder einem Tarifwechsel eine neue Einwilligung zur Aufnahme der Kommunikationsadresse in einem Verzeichnisdienst notwendig.

Als direkte Folge dieser Regelung ist die Anzahl der verzeichneten Kommunikationsadressen signifikant, um nicht zu sagen dramatisch, zurückgegangen. Dies allerdings beruht in einer Vielzahl von Fällen nicht etwa auf einer bewusst aus Gründen des persönlichen Datenschutzes nicht erteilten Einwilligung, sondern schlicht auf der Unkenntnis der Regelung und ihrer Folgen. Durch die signifikante Verschlechterung der Quantität der für die Kommunikation zur Verfügung stehenden Daten ist die allgemeine Kommunikation in den letzten Jahren erheblich eingeschränkt worden. Nutzer sind zum Teil darauf angewiesen, sich bestimmten Netzwerken oder Diensten anzuschließen, um weiterhin mit einer größtmöglichen Menge an Kontakten in Verbindung treten zu können. Dies kann und darf nicht im Sinn des Gesetzgebers sein.

Es sollte daher trotz aller Vorbehalte nochmals offen diskutiert werden, ob gerade vor diesem Hintergrund die Möglichkeit einer möglichst ungehinderten Kommunikation durch eine Regelung eingeschränkt werden sollte, deren Folgen bzw. Nicht-Folgen nicht von jedem Betroffenen erkannt werden können. Der [vdav] plädiert daher hinsichtlich der Veröffentlichung von Kommunikationsadressen jeder Form dafür, einer für jedermann leicht verständlichen und die Folgen klar kommunizierenden Widerspruchsregelung den Vorzug zu geben. Der Betroffene sollte daher das Recht erhalten, einer Veröffentlichung seiner Kommunikationsadressen mit einfachsten Mitteln widersprechen zu können.

Aus Sicht des [vdav] wäre beim Erfordernis einer Einwilligung allerdings essentiell, die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung praktikabel auszugestalten, Folgen und Nicht-Folgen klar und verständlich zu kommunizieren, entsprechenden Informationspflichten zu gestalten und hierbei auch unterschiedlich hohe Risiken sowie technische Gegebenheiten, zum Beispiel im digitalen Bereich, zu beachten. Ferner fehlt noch eine praxisgerechte Definition einer Einwilligung.

* **Art. 6 Abs. 1 lit. a), Art. 7 Abs. 1**
Eine Einwilligung muss – als eine der Rechtmäßigkeitsalternativen in Art. 6 DS-GVO – einen oder mehrere „genau festgelegte Zwecke“ erfassen. Gemäß Art. 7 Abs. 1 DS-GVO muss die Einwilligung für „eindeutig festgelegte Zwecke“ erteilt worden sein.

Zunächst wirft die Formulierung die Frage auf, ob es einen Unterschied zwischen „eindeutig“ und „genau“ festgelegten Zwecken gibt?! Ein Unterschied könnte möglicherweise darin bestehen, dass die geforderte Eindeutigkeit (in Abgrenzung zur Mehrdeutigkeit) eine unmissverständliche, keine Auslegungszweifel lassende Einwilligungserklärung meint, während die „genaue“ Festlegung eher auf den Grad der notwendigen Spezifizierung innerhalb der Erklärung hindeuten könnte. Beide Kriterien sind jedoch letztlich so unklar, dass die Einwilligung auch insoweit für die verantwortlichen Stellen keine verlässliche Verarbeitungsgrundlage zu bieten vermag. Auch hier deckt sich der verfolgte Ansatz nicht mit der Lebenswirklichkeit und dem Erwartungshorizont der Betroffenen. Es wird im Vorhinein kaum möglich sein, eine abschließende, jede Form der beabsichtigten Datenverarbeitung vorhersehende und diese abschließend und detailliert beschreibende Formulierung zu finden. Im Ergebnis werden die verantwortlichen Stellen jedes Mal dann, wenn sich Verarbeitungsprozesse auch nur minimal ändern, eine erneute Einwilligung aller Betroffenen einholen müssen. Die Betroffenen jedoch werden in aller Regel eine fortwährende Konfrontation mit Einwilligungsersuchen der verantwortlichen Stelle nicht als Ausdruck ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, sondern als Belästigung empfinden. Hierdurch wird auch bei den Betroffenen die Akzeptanz des Instruments der Einwilligung weiter schwinden. Darüber hinaus stehen diese hohen Anforderungen in einem erheblichen Spannungsfeld zu dem Erfordernis gemäß Art. 11 Abs. 2 DS-GVO, wonach die verantwortliche Stelle der betroffenen Person alle Informationen und Mitteilungen in verständlicher Form unter Verwendung einer klaren, einfachen und adressatengerechten Sprache zur Verfügung zu stellen hat. Der notwendige Detaillierungsgrad vorformulierter Einwilligungserklärungen (vom Betroffenen selbständig formulierte Erklärungen werden diesen Erfordernissen ohnehin nur in den seltensten Fällen genügen können) steht einer Verständlichkeit und Übersichtlichkeit denknotwendig entgegen. Im Ergebnis werden die Betroffenen derartige Dokumente – ähnlich wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen – entweder nur flüchtig oder gar nicht zur Kenntnis nehmen. Das Ziel größtmöglicher informationeller Selbstbestimmung wird hierdurch auch an den Stellen verfehlt werden, an denen die Betroffenen derartiges mit Recht erwarten, z. B. wenn besonders wichtige Datenarten Gegenstand der Einwilligung sein sollen. Weiterhin wirft das Erfordernis der eindeutigen Festlegung – ungeachtet von Art. 7 Abs. 2 – die Frage auf, inwieweit nicht hieraus abermals ein Schriftformerfordernis herausgelesen werden könnte. Hier sollte eine Klarstellung erfolgen – um der von der Kommission verfolgten Zielsetzung der Modernisierung des Datenschutzrechts im Internetzeitalter – zur Wirksamkeit zu verhelfen. Auch die Textform bzw. telekommunikative Übermittlung (vgl. z. B. § 126b BGB im deutschen Recht) genügt den formalen Anforderungen an eine Einwilligung.

**Vorschlag:** Auch insoweit muss darüber nachgedacht werden, ob der hier verfolgte Ansatz in dieser Form zeitgemäß ist. Würde man – wie angesprochen – die Verarbeitung bestimmter Datenarten grundsätzlich erlauben, könnte das Instrument der Einwilligung auf die Fälle konzentriert werden, in denen besonders schützenswerte Datenarten verarbeitet werden. Da in der Praxis die Verarbeitung solcher Kategorien seltener und eingeschränkter vorkommt, könnte die Einwilligung in ihrer praktischen Bedeutung gestärkt werden. Unabhängig davon müssen die Unklarheiten aufgelöst werden, die durch die ungenaue und ausufernde gesetzliche Definition geschaffen werden. Beispielsweise könnte daran gedacht werden, typisierte Muster-Einwilligungserklärungen in einem Anhang zur DS-GVO zu formulieren, die für die Beteiligten mehr Rechtssicherheit schaffen, wie dies beispielsweise durch die ins EGBGB aufgenommene Muster-Widerrufsbelehrung im Fernabsatzrecht gelungen ist.

Weiterhin genügt die Textform jedenfalls den Formerfordernissen einer Einwilligungserklärung.

**Formulierungsvorschlag:**

* Art. 7 Abs 1. wird wie folgt neu gefasst:
„Der für die Verarbeitung Verantwortliche trägt die Beweislast dafür, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die festgelegten Zwecke im Sinne Art. 1 Abs. 1 lit. a) erteilt hat. Die Kommission wird ermächtigt, delegierte Rechtsakte nach Maßgabe von Art. 86 zu erlassen, um typisierte Anwendungsbeispiele für den Detaillierungsgrad derartiger Zweckfestlegungen näher zu regeln.“
* Art. 7 Abs. 2 erhält folgenden zusätzlichen Satz 2:„Eine besondere Form ist für die Einwilligungserklärung nicht vorgeschrieben.“

**6. Auftragsdatenverarbeitung**

Es ist unablässig klare Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung - insbesondere zur Aufteilung der Zuständigkeiten und der Verantwortlichkeit - zu schaffen. Ob neue Geschäftsmodelle durch die angedachten Rechtsvorhaben durch den Verordnungsentwurf gefördert oder behindert werden, wird stark von der Praxistauglichkeit der Vorgaben sein.

* **Art. 89 Die DS-GVO**
erlegt Personen in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten „in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen“ in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf, „soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die das selbe Ziel verfolgen.“
* Die Formulierung zielt auf telekommunikationsrechtliche Sonderfragen, die nach gegenwärtiger Rechtslage nicht dem allgemeinen Datenschutzrecht unterfallen, sondern bereichsspezifische Regelungen erfahren haben (z. B. in Deutschland umgesetzt im Telekommunikationsgesetz). Das allgemeine Datenschutzrecht kommt demgegenüber derzeit nur subsidiär zur Anwendung. Der Regelungsvorschlag bedeutet eine Abweichung und führt zu einer Verunklarung der jeweiligen Anwendungsbereiche. Zunächst adressiert die Formulierung lediglich die Datenverarbeitung „in Verbindung mit der Bereitstellung“ von Telekommunikationsdiensten. Die bereichsspezifischen telekommunikationsrechtlichen Vorschriften der angesprochenen Richtlinie 2002/58/EG reicht jedoch darüber hinaus. Beispielsweise bildet Art. 12 der angesprochenen Richtlinie die datenschutzrechtliche Grundlage für die Veröffentlichung von Daten in Teilnehmerverzeichnissen. Auf Basis der zitierten Formulierung wäre sehr unklar, ob die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen eine Datenverarbeitung „in Verbindung mit der Bereitstellung“ von Telekommunikationsdiensten ist, zumal derartige Daten auf Grundlage der Universaldiensterichtlinie gerade nicht nur von Telekommunikationsunternehmen verarbeitet werden.

Weitere Unklarheit entsteht durch die gewählte Formulierung, wonach die DS-GVO den Handelnden „keine zusätzlichen Pflichten“ auferlegt, soweit diese Pflichten unterliegen, „die dasselbe Ziel verfolgen“ wann in diesem Sinne von einer Zielkongruenz ausgegangen werden kann (oder umgekehrt eine solche zu verneinen ist), wird sich in der Praxis kaum sinnvoll abgrenzen lassen.

Im Ergebnis schafft diese Formulierung somit vermeidbare Unklarheit.

**Vorschlag:** Es sollte geregelt werden, dass bereichsspezifische europarechtliche Vorgaben wie beispielsweise die Richtlinie 2002/58/EG als spezielleres Gesetz die DS-GVO verdrängt. Diese kommt lediglich subsidiär zur Anwendung.

**Formulierungsvorschlag:**

* Art. 89 Abs. 1 wird wie folgt neu gefasst:
„Diese Verordnung gilt nicht, soweit die Richtlinie 2002/58/EG eine Datenverarbeitung vorsieht.“
* Abs. 2 erhält folgenden zusätzlichen Satz 2:„Im Übrigen bleibt die Richtlinie 2002/58/EG unberührt.“

**7. „Recht auf Vergessen“**

Der Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung soll jeder Person das Recht einräumen „vergessen zu werden“. Es ist zu begrüßen, dass das Ziel des Entwurfes ist, den Betroffenen zu ermöglichen und zu verlangen, insbesondere mit Hinblick auf das Internet, dass ihre personenbezogenen Daten gelöscht werden, dass die Daten gelöscht werden, wenn diese nicht mehr benötigt werden. Damit wird die Dispositionsbefugnis der Datenverarbeitung ausschließlich in die Hände des Betroffenen gelegt.

Aus Sicht des [vdav] ist dieser internetbezogene Ansatz durchaus nachvollziehbar, wirft aber erhebliche Fragen nach der Umsetzbarkeit auf.

Bei der Suche nach Informationen über eine Person im Internet erscheinen heute in den gängigen Suchmaschinen häufig Ergebnisse, in denen von Drittanbietern nicht etwas selbst recherchierte, dort redaktionell bearbeitete oder für die dortigen Nutzung vom Betroffenen frei gegebene Daten wie

Kommunikationsadressen erscheinen. Die Suchtreffer beruhen häufig darauf, dass von den Anbietern andere Datenquellen wie z. B. Verzeichnisse oder soziale Netzwerke gecrawlt werden, die dort gefundenen Daten zusammengestellt und dann als Suchergebnis ausgewiesen werden. Dabei besteht die Möglichkeit, dass diese Drittanbieter Daten aus den ursprünglichen Quellen nicht nur nutzen, sondern auch speichern. Machte ein Betroffener gegenüber einem Verzeichnisdienst sein Recht auf Vergessen geltend und dieser löscht die entsprechenden Daten, hätte dies nicht unbedingt zur Folge, dass die Daten auch bei den Drittanbietern nicht mehr verwendet würden. Insofern erscheint die alleinige Verantwortung und erst die Haftung des ursprünglichen Datennutzers nach einer verlangten Löschung höchst problematisch bzw. unmöglich.

* **Nach Art. 17 Abs. 1, 2, Art. 19**
Die Verordnung statuiert ein „Recht auf Vergessen werden und auf Löschung“. Demnach sind Daten unter anderem dann zu löschen, wenn eine einmal gegebene Einwilligung widerrufen wird oder sich durch Zeitablauf erledigt, oder wenn der Betroffene Widerspruch gegen die Datenverarbeitung einlegt. Gemäß Art. 19 ist das Widerspruchsrecht nur daran geknüpft, dass es aus Gründen erhoben wird, die sich aus der besonderen Situation des Betroffenen ergeben. Dann muss die verantwortliche Stelle nachweisen, dass „zwingende schutzwürdige Gründe“ die Interessen des Betroffenen überwiegen, die Verarbeitungsvoraussetzungen sind in einem solchen Fall somit noch einmal deutlich erhöht. Die dann erforderliche Löschung muss gemäß Art. 17 Abs. 2 DS-GVO auch alle Querverweise (Verlinkungen) erfassen.
Einerseits folgt aus Art. 19, dass die verantwortliche Stelle praktisch jederzeit damit rechnen muss, dass eine bestehende Rechtsgrundlage für die Verarbeitung durch den Widerspruch unterminiert wird. Darüber hinaus hat der Betroffene jederzeit die Möglichkeit, gemäß Art. 17 Abs. 4 lit. a) DS-GVO die Richtigkeit der Daten zu bestreiten und insoweit zumindest eine Sperrpflicht. Damit könnte bereits das willkürliche Bestreiten der Richtigkeit dem Verarbeiter die Nutzung von Daten unmöglich machen.[[2]](#footnote-2)
* Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass angesichts der ständigen Querverlinkung die das Internet prägen, die Forderung in Art. 17 Abs. 2 DS-GVO als völlig unrealistisch erscheint.[[3]](#footnote-3) Es ist beispielsweise dem Betreiber einer Internetseite schlicht nicht möglich festzustellen, wer auf eine bestimmte, nach Art. 17 zu löschende/zu sperrende Information verweist (zumal der Einsatz von Webanalysetools ebenfalls massiv erschwert wird). Hier hilft der verantwortlichen Stelle auch die Beschränkung auf „alle vertretbaren Schritte“ wenig. Denn diese Schritte können in der Auslegungspraxis der Gerichte sehr weitreichend sein, wenn man bei der Gewichtung der Interessenlagen zugrunde legt, dass der Nichtweiterveröffentlichung des betreffenden Datums nach der DS-GVO überragendes Gewicht zukommen soll.

Die Beispiele zeigen, dass die Vorschrift des Art. 17 zu weit geraten ist. Nimmt man die Formulierungen ernst, werden die darin statuierten Rechte die Nutzung personenbezogener Daten stark erschweren, wenn nicht im Einzelfall sogar unmöglich machen. Dass mit der Verordnung explizit verfolgte Ziel, den freien Datenverkehr zu fördern und Handelshemmnisse innerhalb der Union abzubauen, würde damit verfehlt.

Fragen wirft auch der Begriff der „Speicherfrist“ auf, der im Zusammenhang mit der Einwilligung in Art. 17 Abs. 1 lit. b) erwähnt wird. In Art. 7, der sich mit der Einwilligung befasst, taucht der Begriff nicht auf. Es stellt sich die Frage, ob damit implizit eine Art „Verfallsdatum“ für die Einwilligungserklärung eingeführt werden soll. Abgesehen davon, dass die Regelung in Art. 17 Abs. 1 deplatziert ist, würde ein solches „Verfallsdatum“ doch gerade wieder die autonome informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen – der möglicherweise eine zeitlich unbeschränkte Einwilligung erteilen möchte – konterkarieren.

**Vorschlag:**
Es muss dringend über eine Reduzierung des Anwendungsbereiches von Art. 17 nachgedacht werden. Beispielsweise ließe sich daran denken, die Erstreckung der Löschungspflicht auf Internetverlinkungen in Art. 17 Abs. 2 zu streichen. Auf pauschale „Verfallsdaten“ für Einwilligungserklärungen sollte verzichtet werden.

**8. Delegierte Rechtsakte/Sanktionsrahmen/Bürokratie**

Im Verordnungsentwurf befinden sich eine große Anzahl von delegierten Rechtsakten, die aus Sicht des [vdav] für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgt. Wir würden es begrüßen, wenn diese daher reduziert würden. Insbesondere sollten die strengen Sanktionen vor dem Hintergrund geprüft werden, dass der Großteil der deutschen Unternehmen Datenverarbeitung vornehmen muss, um seine Geschäfte betreiben zu können. Zugleich werden für den Fall des Verstoßes gegen Verpflichtungen und andere bestimmte Vorgaben existenzgefährdene Sanktionen geknüpft, die nicht in Relation zu der Schwere fahrlässigen Verstößen stehen und dennoch greifen sollen. Hier sollte nach Auffassung des [vdav] unbedingt ein angemessenes Gleichgewicht hergestellt werden. Zudem enthält der Verordnungsentwurf viele Dokumentationspflichten und unnötige Verfahren, die unangemessene Kosten für kleine und mittelständische Unternehmen verursachen und nicht zu einem besseren Datenschutz führen.

* **Art. 73 Abs. 2, Art. 74, Art. 75, Art. 76 Abs. 1**
Einrichtungen, Organisationen oder Verbände, die sich den Schutz der Rechte und Interessen der betroffenen Personen in Bezug auf personenbezogene Daten zum Ziel gesetzt haben, haben das Recht, im Namen einer oder mehrerer Betroffener Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu erheben. Gemäß Art. 76 Abs. 1 haben solche Einrichtungen das Recht, die Rechte der Betroffenen gemäß Art. 74 und 75 DS-GVO wahrzunehmen, z. B. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend zu machen.
* Hier wird ein dem deutschen Recht fremdes „Sammelklagerecht“ zugunsten von Verbraucherschutzverbänden statuiert. Theoretisch wäre es sogar denkbar, dass diese Verbände Rechte von Betroffenen geltend machen, ohne dass dies notwendig im Interesse der Betroffenen liegt. Es steht zu erwarten, dass sich hier in erheblichem Maße ein Verbandswesen etablieren wird, das sich autonom zur Verfolgung angeblicher oder tatsächlicher Datenschutzverstöße berufen fühlen wird. Dem Missbrauch eines solchen Instituts wird Tür und Tor geöffnet. Es steht zu erwarten, dass ein datenschutzrechtliches Abmahnunwesen Platz greifen wird, das an anderer Stelle (Stichwort: sog. „Filesharing“-Fälle im Urheberrecht) von dem Gesetzgeber mit Recht vehement bekämpft wird.
Besondere Probleme wirft dies im Hinblick auf den Verweis auf Art. 75 DS-GVO auf, wonach der Betroffene Schadensersatz verlangen kann. Dass ein solches Recht durch einen Verband im Namen einer oder mehrerer Betroffener wahrgenommen werden kann, würde einen Fremdkörper im deutschen Recht darstellen. Selbst im Wettbewerbsrecht existiert eine solche Möglichkeit nicht; hier haben entsprechende Wettbewerbs- und Verbraucherschutzverbände allenfalls die Möglichkeit, gemäß dem Unterlassungsklagesetz Unterlassungsansprüche durchzusetzen. Neben den Missbrauchsmöglichkeiten stellt sich gerade beim Schadensersatzanspruch zudem die Frage nach der Ausgestaltung des Prozessrechts. Es müssten dann Mechanismen vergleichbar der „classaction“ nach amerikanischem Vorbild erst geschaffen werden. Es muss bezweifelt werden, dass diese Auswirkungen bereits bedacht worden sind.

**Vorschlag:** Das Sammelklagerecht von Verbraucher-/Datenschutzverbänden sollte gestrichen werden. Jedenfalls muss die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ausgeschlossen sein. Das nationale Recht hält in der Regel schon jetzt taugliche Mechanismen bereit, um Rechtsverstöße (aus welcher Rechtsmaterie diese auch immer stammen mögen) wirksam zu bekämpfen.

**Formulierungsvorschlag:**

* Art. 76 Abs. 1 wird wie folgt neu gefasst:
„Einrichtungen, Organisationen oder Verbände im Sinne des Art. 73 Abs. 2 haben das Recht, die in Art. 74 genannten Rechte im Namen einer oder mehrerer betroffenen Personen wahrzunehmen. Ansprüche gemäß Art. 77 können nicht durch eine Einrichtung, Organisation oder einen Verband im Sinne von Art. 73 Abs. 2 wahrgenommen werden.“
* Art. 79 Verwaltungsrechtliche Sanktionsmechanismen:
Die hier vorgesehenen einschneidenden Bußgeldfolgen erinnern an den Bereich des Kartellrechts, in dem marktschädliches Verhalten mit empfindlichen Bußgeldern in vergleichbarer Höhe bedroht ist. Es ist sehr fraglich, ob ein derartiger Bußgeldmechanismus den Stellenwert des Datenschutzes nicht überbetont. Die Sozial- und Wirtschaftsschädlichkeit im Bereich des Datenschutzes ist nicht annähernd so gravierend wie beispielsweise im Bereich von Kartellabsprachen, die einen funktionierenden Wettbewerb in seinem Kernbestand bedroht.

**Vorschlag:** Die Bußgeldsanktionen werden auf ein angemessenes Maß angepasst, z. B. orientiert am gegenwärtigen deutschen Bußgeldrahmen (bis zu 300.000 EUR, ggf. zzgl. Gewinnabschöpfung).

**Formulierungsvorschlag:**

* Der Einleitungssatz von Art. 79 Abs. 4 wird wie folgt neu gefasst:
„Die Aufsichtsbehörde verhängt eine Geldbuße bis zu 50.000,00 € gegen jeden, der vorsätzlich oder grob fahrlässig“
* Der Einleitungssatz von Art. 79 Abs. 5 wird wie folgt neu gefasst:
„Die Aufsichtsbehörde verhängt eine Geldbuße bis zu 150.000,00 € gegen jeden, der vorsätzlich oder grob fahrlässig“
* Der Einleitungssatz von Abs. 6 wird wie folgt neu gefasst:
„Die Aufsichtsbehörde verhängt eine Geldbuße bis zu 300.000,00 € gegen jeden, der vorsätzlich oder grob fahrlässig“
* Art. 79 erhält folgenden neuen Abs. 7:
„Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.“
* Der bisherige Abs. 7 wird zu Abs. 8
1. Vgl. z. B. die Definition in § 14 Abs. 1 BGB, zurückgehend auf zahlreiche europäische Richtlinien zum Verbraucherschutz, etwa 85/577/EG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. EG Nr. L 372 S. 31), der RL 94/47/EG vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABl. EG Nr. L 280 S. 82), der RL 97/7/EG vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19), der RL 1999/44/EG vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12), der RL 2002/65/EG vom 23.09.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der RL 90/619/EWG des Rates und der RL 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. EG Nr. L 271 S. 16) und der RL 2008/48/EG vom 23.04.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (ABl. EU Nr. L 133 S. 66). [↑](#footnote-ref-1)
2. Vgl. Härting, BB 2012, 459, 464. [↑](#footnote-ref-2)
3. Vgl. Härting, BB 2012, 459, 464. [↑](#footnote-ref-3)