

- Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh) -

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines BDSG- Änderungsgesetzes

Berlin, den 06.09.2023

Der **Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh)** repräsentiert als die Interessenvertretung der Branche der in Deutschland aktiven Online- und Versandhändler Unternehmen aller Größen und aller denkbaren Handelsformen (Online, Multichannel, Katalog, TV-Shopping, Plattformhändler und -betreiber). Die Mitglieder des bevh stehen für mehr als 75% des gesamten Branchenumsatzes. Darüber hinaus sind dem Verband mehr als 130 Dienstleister aus dem Umfeld der E-Commerce-Branche angeschlossen.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Im Wesentlichen sind die Änderungen des BDSG zu begrüßen. Insbesondere, dass nun auch ausdrücklich der Schutz der Geschäftsgeheimnisse des Verantwortlichen vom Ausnahmetatbestand des § 34 BDSG umfasst ist und in der Begründung zu Nr. 11 explizit klargestellt wird, dass eine stattgebende Entscheidung nicht unter den Art. 22 Abs. 1 DSGVO fällt, schafft aus Sicht unserer Mitglieder weitere Rechtsklarheit. Darüber hinaus haben wir folgende Anmerkungen:

1. Videoüberwachung, § 4 Abs. 1 BDSG-ÄndG

Die Klarstellung der Legitimation im Bereich Videoüberwachung in Form der Reduktion des Anwendungsbereiches auf öffentliche Stellen ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu begrüßen. Wir geben aber zu bedenken, dass auch nicht-öffentliche Stellen ein berechtigtes Interesse an der Beobachtung von Bereichen haben, die an öffentliche Bereiche angrenzen (Einfahrt Werksgelände, Laderampen an öffentlichen Straßen, etc.) und dass hierfür die Möglichkeit der Nutzung der allgemeinen Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH durch die Aufsichtsbehörden nicht noch weiter zurückgedrängt werden darf. Hierzu regen wir eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung an.

2. Datenschutzkonferenz (DSK), § 16a BDSG-ÄndG

Einheitlicher Vollzug ist ein Gebot der Fairness und würde dazu beitragen, auch abseits der in Beschlussform kommunizierten Rechtsauffassungen der DSK für ein Mehr an Rechtssicherheit zu sorgen. Ob diese Vereinheitlichung durch eine einheitliche Behörde oder – wie vorliegend - durch Vorgaben in der bereits existierenden Geschäftsordnung der DSK hergestellt wird, ist für den bevh von nachrangiger Bedeutung.

3. Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften, § 31 BDSG

Die Bedeutung des Auskunfteienwesens als unverzichtbarer Bestandteil der Wirtschaftsordnung ist heute allgemein anerkannt. Sie schützt Verbraucher vor Überschuldung und Händler vor möglichem Zahlungsausfall. Die Ermittlung der Kreditwürdigkeit und die Erteilung von Bonitätsauskünften bilden das Fundament des deutschen Kreditwesens und damit auch der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft.

Daher sehen die Onlinehändler mit großer Besorgnis dem bevorstehenden Urteil des EuGH in der Rechtssache C-634/21 entgegen. Denn der Generalanwalt Pritt Pikamäe des EuGH hat in seinen Schlussanträgen vom 16. März 2023 die Ansicht vertreten, dass § 31 BDSG in seiner aktuellen Fassung mit der DSGVO unvereinbar sei.

Sofern sich der EuGH dieser (irrigen) Auffassung anschließend sollte, würden keine objektiv aufbereiteten Informationen zur Bonität von Marktteilnehmern mehr existieren. Damit wären breite Schichten der Bevölkerung aufgrund der für Kreditgeber nicht kalkulierbaren Risiken von einer Kreditvergabe oder auch von einzelnen Onlinebestellungen praktisch ausgeschlossen.

Insofern möchten wir den Gesetzgeber darauf hinweisen, dass es ggf. noch während des vorliegenden Gesetzgebungsprozesses einer dringenden Anpassung des § 31 BDSG bedarf.

4. Auskunftsrecht der betroffenen Person, § 34 Abs. 1 BDSG-ÄndG

Wir begrüßen, dass der Gesetzgeber aufgrund der Evaluation eine Änderung vorschlägt, wonach ein Auskunftsanspruch auch dann nicht besteht, wenn hierdurch Betriebs- und

Geschäftsgeheimnisse des Verantwortlichen oder eines Dritten beeinträchtigt würden. Dies ist eine zu begrüßende Klarstellung der bereits vereinzelt auf Grundlage einer analogen Anwendung von Art. 15 Abs. 4 DGSVO bzw. allgemeiner Rechtsgrundsätze gelebten Praxis.

Wie auch bereits in unseren [Anmerkungen im Rahmen der Evaluation](#) dargestellt, sprechen sich unsere Mitgliedsunternehmen nach wie vor für eine weitere, maßvolle Begrenzung des Auskunftsrechts aus.

Da zum Auskunftsrecht viele Detailfragen noch offen sind und zum Teil gegenläufige Gerichtsentscheidungen ergangen sind, ist es auch fünf Jahre nach Inkrafttreten der DSGVO für Unternehmen oft nicht einfach, einem Auskunftsanspruch rechtskonform zu entsprechen.

Im Evaluationsbericht selbst wird ausgeführt, dass die Betroffenenrechte nicht einem generellen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt unterstellt werden können und dass Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO bereits eine Ausnahme von der Auskunftspflicht vorsieht bei offenkundiger Unbegründetheit. Daraufhin möchten wir gerne folgendes anregen:

Statt den Auskunftsanspruch einem generellen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zu unterstellen, sprechen wir uns alternativ dafür aus, dass der Gesetzgeber Kriterien entwickelt, die eine Unverhältnismäßigkeit konkretisieren. Dies dürfte nach unserer Rechtsauffassung mit Art. 23 DSGVO und der zu dieser Rechtsfrage bereits umfangreich ergangenen Rechtsprechung vereinbar sein. Zudem spielt die Ausnahmeregelung des Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO in der Praxis keine Rolle, da die dort vorgegebenen Hürden zu hoch sind. Daher regen wir an, eine Schärfung der Missbrauchseinrede des Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO im BDSG einzuführen, etwa durch Ersetzen des normativen Tatbestandsmerkmals der „offenkundig unbegründeten Anträge“ durch eine nicht abschließende Auflistung von Fallgruppen. Hier könnten insbesondere folgende Aspekte einfließen:

- Ausschluss des Anspruchs auf Auskunft im Hinblick auf Daten, die allein zum Zwecke gesetzlicher Vorhalteplichten aufbewahrt werden,
- Ausschluss des Anspruchs auf Auskunft, soweit die Speicherung der Daten allein der Datensicherung dient, ohne dass zusätzlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Verantwortlichen durchgeführt werden muss,
- Ausschluss des Anspruchs, soweit mit dem Auskunftersuchen erkennbar datenschutzfremde Zwecke verfolgt werden, das Auskunftersuchen z. B. allein erkennbar der Aktualisierung der durch den Petenten geführten Akten dient oder soweit das Auskunftersuchen erkennbar maßgeblich der Vorbereitung anderer als datenschutzrechtlicher Verfahren dient.

Wie auch bereits in unseren Anmerkungen im Rahmen der Evaluation ausgeführt, sind wir der Meinung, dass dies Betroffenen nicht zum Nachteil gereichen würde. Da die Annahme eines Ausnahmetatbestands der vollen richterlichen Kontrolle unterliegt und der Verantwortliche für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands beweispflichtig ist, ist ein zu extensives Berufen auf Ausnahmen nicht zu besorgen.

5. Aufsichtsbehörde gemeinsam verantwortlicher Unternehmen, § 40a BDSG-ÄndG

Wir sehen es kritisch, die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde bei gemeinsam Verantwortlichen (Art. 26 DSGVO) an der Umsatzgröße festzumachen.

Gerade die strategischen Entscheidungsträger sitzen oft in (Holding-)Gesellschaften, die aufgrund der Unternehmensstruktur gar keinen eigenen Umsatz generieren und auch an der Anzahl der Mitarbeitenden gemessen eher klein scheinen. Die Exekutiv-Entscheidungen werden aber gerade oft dort und nicht in den operativen Vertriebsgesellschaften getroffen. Diese haben allerdings selten bezüglich der eingesetzten Zwecke und Mittel entsprechende Mitspracherechte, sondern haben gewünschte strategische Ansätze umzusetzen. Bei einer Zuständigkeit entsprechend der Umsatzgröße wären dann nicht die richtigen Aufsichtsbehörden zuständig.

Der Umsatz sagt zudem nichts über Art, Umfang, Zweck, Risiko und mögliche Schadensschwere der Datenverarbeitung aus. Dies wären unseres Erachtens eher relevante Kriterien für die Zuständigkeit der Behörde, da sie die Umstände des Einzelfalls besser berücksichtigen, so wie es bereits in Art. 83 DSGVO bei der Bemessung der Bußgeldhöhe der Fall ist. Der Umsatz wird auch in Art. 83 DSGVO lediglich für die genaue Festsetzung der Bußgeldhöhe herangezogen, hat ansonsten aber keinerlei aussagekräftige Bewandtnis.