

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

Stellungnahme

zum Referentenentwurf für ein

Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU - DsAnpUG-EU -

Berlin, 7. Dezember 2016

Ansprechpartner: RA Sebastian Schulz, Leiter Rechtspolitik & Datenschutz

I. Allgemeines

Die deutsche E-Commerce- und Versandhandelsbranche **anerkennt und begrüßt ausdrücklich** das Bestreben des deutschen Gesetzgebers, die maximalabstrahierenden Vorgaben der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) im Sinne eines **Mehr an Rechtssicherheit** konkretisieren zu wollen. Die Übernahme von aus dem deutschen Recht bekannten Normen, die bislang die allgemeine Interessenabwägung des Art. 7 lit. f EG-Datenschutz-Richtlinie (DS-RL) bezogen auf konkrete Verwendungsszenarien konkretisieren, ist hierfür grundsätzlich ein denkbare Instrument. Dass die DS-GVO für jede dieser Konkretisierungen eine **Öffnungsklausel** bereithalten muss, ist selbstverständlich. Auf die in diesem Zusammenhang bereits ausführlich geführte Diskussion¹ soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

Hinzuweisen ist jedoch auf den Umstand, dass sich der deutsche, wie auch die Gesetzgeber anderer Mitgliedstaaten bei sämtlichen Konkretisierungsbestrebungen darauf besinnen müssen, dass die DS-GVO als unmittelbar anzuwendende Verordnung **autonom europäisch auszulegen** ist. Losgelöst von der zutreffenden Annahme, dass es dem nationalen Gesetzgeber auch vor dem Hintergrund der DS-GVO in weiten Teilen selbst überlassen bleibt, etwa den Begriff und die Reichweite des „öffentlichen Interesses“ eigenständig auszugestalten, ist es die vollharmonisierende Wirkung der DS-GVO selbst, die **enge Grenzen** im Hinblick auf die mitgliedstaatlich-individuelle Möglichkeit der Konkretisierung setzt. Hinzu kommt, dass einzelne heute im Recht der Mitgliedstaaten noch als rechtssicher anerkannte Auslegungen in absehbarer Zeit in Ansehung des dann europaweit unmittelbar anzuwendenden Rechts keine Gültigkeit mehr werden beanspruchen können. Rechtssicherheit fußt stets auf einer retrospektiven Sicht, die angesichts des **vollständig neuen Regelungskonstrukts der DS-GVO**, weg von der Richtlinie, hin zu einer Verordnung, perspektivisch an Belastbarkeit verlieren wird. Kommt es dann über die tendenziell restriktiveren Vorgaben im

¹ Vgl. etwa *Kühling/Martini/et.al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, 2016; *Taeger*, ZRP 2016, 72f., *Roßnagel* (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2016.

Recht der Mitgliedstaaten zu spürbaren Unterschieden, ist darüber sowohl der hinter der DS-GVO stehende Harmonisierungsgedanke als auch die **Wettbewerbsgleichheit im Binnenmarkt** akut gefährdet.

II. Zu § 23 Abs. 2 Nr. 3 BDSG-neu

Nach auch hier vertretener Auffassung ist es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen, die **Zulässigkeit der Weiterverarbeitung durch nicht-öffentliche Verantwortliche** auf Grundlage einer allgemeinen Interessenabwägungsklausel zu gestatten. Da die praktische Anwendung einer solchen Norm stets im Lichte der DS-GVO zu erfolgen hätte, könnten denkbare Widersprüche, etwa im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, unproblematisch aufgelöst werden. Unverständlich und widersprüchlich ist jedoch, dass in § 23 Abs. 2 Nr. 3 allein eine Weiterverarbeitung auf Grundlage der berechtigten Interessen des Verantwortlichen gestattet wird, nicht aber infolge berechtigter Interessen Dritter. Zahlreiche Weiterverarbeitungsszenarien erfolgen typischerweise auf Grundlage der berechtigten Interessen nicht allein des Verantwortlichen, sondern insbesondere auch von Dritten, z.B. im Falle einer Datenweitergabe von Daten an Auskunftseien oder bei einem Unternehmenskauf. Konsequenterweise und orientiert an der praktischen Relevanz wäre die Norm insoweit zu ergänzen. Hierüber würde der deutsche Gesetzgeber schlicht das geltende Recht fortschreiben, vgl. § 28 Abs. 2 BDSG.

Wir fordern daher:

- **Ergänzung von § 23 Abs. 2 Nr. 3 BDSG-neu wie folgt: „... sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist.“**

Zudem steht nach hier vertretener Auffassung der **Aufnahme des Korrektivs** möglicher überwiegender widerstreitender Interessen der betroffenen Person nichts entgegen.

III. Zu § 24 Abs. 1 BDSG-neu

Der **EuGH** hat **in der Rechtssache Breyer** Normen im Recht der Mitgliedstaaten, die in Ausgestaltung von Art. 7 DS-RL erlassen wurden, als mit der DS-RL unvereinbar eingestuft, soweit diese den in Art. 7 lit. f DS-RL normierten Zulässigkeitstatbestand der allgemeinen Interessenabwägung in unzulässiger Weise verengen. Dieser Grundgedanke gilt erst recht in Ansehung der unmittelbar und vollharmonisierend wirkenden DS-GVO, namentlich der darin eröffneten fakultativen Regelungsoptionen. Eine solche Regelungsoption enthält Art. 88 DS-GVO hinsichtlich der **Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext**. Die dort eröffnete Möglichkeit zum Erlass „spezifischerer“ Vorschriften darf nicht dazu führen, dass Unternehmen mit Sitz in Mitgliedstaaten, die von dieser Regelung Gebrauch machen, signifikant strengeren Vorgaben zu genügen haben, als Unternehmen mit Sitz in Mitgliedstaaten, in denen die Datenverarbeitung im Beschäftigungs-

kontext allein den originären Vorgaben der DS-GVO folgt. Der in dem Entwurf in § 24 gemachte Vorschlag zur Fortführung von § 32 BDSG eröffnet genau diese Gefahr und muss insoweit um einen Zusatz ergänzt werden, 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 Beschäftigten-datenschutzes eine weitere Verstetigung des zu Recht beklagten datenschutzrechtlichen Flickenteppichs innerhalb der EU zu besorgen. Die gerade im HR-Bereich denkbaren Vorteile europaweit einheitlicher Regelungen würden verfehlt.

IV. Zu § 27 Abs. 2 S. 1-3 BDSG-neu

Dass die **Funktion von Auskunfteien als wichtiger Gewährsträger** für die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft durch den nationalen Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt wird, ist ohne Einschränkung zu begrüßen. Allein die Fortführung der aus vielerlei Gründen missglückten Vorschrift des § 28a BDSG wird dieser wichtigen Funktion hingegen nicht gerecht. Im Gegenteil steht zu befürchten, dass die Vorgaben des BDSG-neu als für den konkreten Regelungsbereich abschließend angesehen werden müssen. Entgegen der Stimmen Einiger sollte jedoch nach dem ausdrücklichen Wunsch des Gesetzgebers § 28a Abs. 2 BDSG gerade keine abschließende Regelung für die Zulässigkeit der Übermittlung von sog. Positivdaten darstellen. Insbesondere sollten **einwilligungsbasierte Datenverarbeitungen** anderen verantwortlichen Stellen die Übermittlung von Angaben über die Begründung, ordnungsgemäße Durchführung und Beendigung eines Vertrages an Auskunfteien ermöglichen. Die sich darüber etablierte Praxis solcher Datenübermittlungen auf Basis der Einwilligung droht im Falle einer unangemessen restriktiven aber denkbaren Auslegung der Vorgaben von Art. 7 DS-GVO unmöglich zu werden. Eine **Kompensation in Form eines gesetzlichen Erlaubnistatbestands** ist danach zwingend erforderlich, um einerseits die geübte, von den Aufsichtsbehörden nicht in Frage gestellte Praxis fortführen zu können, und um andererseits auch und gerade im Sinne des Betroffenen ein objektives, weil alle relevanten – auch die positiven – Kriterien berücksichtigendes Abbild seiner (finanziellen) Leistungsfähigkeit erstellen zu können.

In der E-Commerce- und Distanzhandelsbranche ist das Vorliegen einer objektiven Datenbasis, die sich aus Informationen aus allen relevanten Branchen speist, für Entscheidungen im Rahmen der sog. **risikobasierten Zahlartensteuerung** von elementarer Bedeutung. Läge eine solche Datenbasis nicht (mehr) vor, wären weite Teile der Verbraucherinnen und Verbraucher von den Möglichkeiten des Bezahls auf Rechnung bzw. von Ratenzahlungsmodellen ausgeschlossen. Gerade hierzulande erfreut sich der Kauf auf Rechnung mit einem Anteil von 26% an allen verfügbaren Bezahlverfahren aber einer überdurchschnittlichen hohen Beliebtheit. Rechtsunsicherheit in diesem Bereich würde sich unmittelbar negativ auf Verbraucherinnen und Verbraucher auswirken.

Im **B2B-Umfeld** tritt die Sinnwidrigkeit der Verengung in § 28a Abs. 2 BDSG ganz besonders offensichtlich zu Tage. Während Positivdaten von juristischen Personen ohne Weiteres in die

Bestimmung der Kreditwürdigkeit einfließen dürfen, erfolgt die Bestimmung der Bonität anderer gewerblicher Marktteilnehmer allein auf Grundlage der über sie übermittelten Negativdaten. Auch an dieser Stelle wird in der Praxis aus der Not heraus auf ein einwilligungsbasiertes Modell gesetzt, das aufgrund der zweifelhaften Freiwilligkeit bei näherer Betrachtung einer rechtlichen Würdigung aber kaum standhalten dürfte. Die darüber entstehende Diskriminierung bspw. von Einzelkaufleuten ist nicht zu rechtfertigen.

Wir fordern daher:

- **Ergänzung der in § 27 Abs. 2 S. 1 BDSG-neu aufgezählten Normadressaten um Handels-, Telekommunikations-, Energieversorgungs- und Versicherungsunternehmen sowie Leasinggesellschaften.**
- **Ergänzung eines § 27 Abs. 5 neu der klarstellt, dass abweichend von Absatz 2 für die Übermittlung von personenbezogenen Daten über eine Forderung, der ein Handelsgeschäft unter Gewerbetreibenden zugrunde liegt, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO gilt.**
- **Hilfsweise: Sollte der deutsche Gesetzgeber die vorstehend angeregten Ergänzungen nicht vornehmen wollen, setzen wir uns alternativ für eine vollständige Streichung von § 27 BDSG-neu ein.**

V. Zu § 27 Abs. 2 S. 4 BDSG-neu

Offensichtlich gegen die Vorgaben der DS-GVO verstößt § 27 Abs. 2 S. 4 BDSG-neu. Der darin vorgenommene prinzipielle Ausschluss der Einwilligung der betroffenen Person kann in keinem Fall auf eine Öffnungsklausel der DS-GVO zurückgeführt werden. Abgesehen von der Tatsache, dass ein solches Verbot einer Entmündigung der betroffenen Person gleichkommt, kennt die DS-GVO die Möglichkeit eines solchen prinzipiellen Ausschlusses der Einwilligung allein in Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO hinsichtlich der Verarbeitung sensibler Daten.