

Betreff: Anhörung im BT-Innenausschuss am 22.10.12: ZAW-Positionspapier zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Datenschutz-Grundverordnung 2012/0011(COD)

Von: "Ines Nitsche" <nitsche@zaw.de>

Datum: 16.10.2012 12:14

An: <innenausschuss@bundestag.de>

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)587

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie soeben telefonisch besprochen, überreichen wir Ihnen anliegend das Positionspapier des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) nebst zusammengefassten Eckpunkten zum Kommissions-Entwurf für eine Datenschutz-Grundverordnung, der unter anderem Gegenstand der öffentlichen Anhörung im Innenausschuss am 22. Oktober 2012 sein wird. Wir bitten Sie, die beigefügten Dokumente an die Innenausschuss-Mitglieder zu verteilen und bei der Anhörung zusätzlich auszulegen. Mit einer Veröffentlichung unserer Position auf der BT-Website wären wir ebenfalls einverstanden.

Vielen Dank für Ihre Mühe!

Mit freundlichen Grüßen

Ines Nitsche
Rechtsanwältin
Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.
Am Weidendamm 1A
10117 Berlin

Tel.: +49 (0)30/ 59 00 99-719

Fax: + 49 (0)30/ 59 00 99-722

Mail: nitsche@zaw.de <<mailto:nitsche@zaw.de>>

Internet: www.zaw.de

<<20120924_ZAW-Position_DSVO_final.pdf>>

<<20120924_Zusammenfassung_ZAW-Position_DSVO.pdf>>

— Anhänge: —

20120924_ZAW-Position_DSVO_final.pdf

27 Bytes

20120924_Zusammenfassung_ZAW-Position_DSVO.pdf

27 Bytes



ZENTRALVERBAND DER DEUTSCHEN WERBEWIRTSCHAFT ZAW E.V.

Eckpunkte des ZAW-Positionspapiers 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**

BÜRO BERLIN: AM WEIDENDAMM 1A · 10117 BERLIN
TELEFON: 030/59 00 99 700 · TELEFAX: 030/59 00 99 722
E-MAIL: ZAW@ZAW.DE · INTERNET: WWW.ZAW.DE

BÜRO BRÜSSEL: C/O ADVERTISING INFORMATION GROUP
157 AVENUE DE BROQUEVILLE · 1200 BRÜSSEL
E-MAIL: EUROPA@ZAW.DE

1. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf für den Bürger relevante Datenverarbeitung/Anreiz für Datensparsamkeit schaffen

Angesichts der zunehmenden Relevanz von Daten in der modernen Informationsgesellschaft, sollte der Anwendungsbereich der künftigen Verordnung auf relevante Datenverarbeitungsvorgänge - abhängig von Art und Bedeutung der Daten – beschränkt werden. Das dem Verordnungsentwurf zugrunde liegende pauschale Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt für jedwede Datenverarbeitung ist nach Ansicht des ZAW nicht mehr zeitgemäß. Es sollte stärker nach dem möglichen Gefahrenpotential des jeweiligen Datenumgangs differenziert und geprüft werden, ob die Datenverarbeitung nicht generell zulässig sein und nur in datenschutzrechtlich problematischen Fällen und bei überwiegendem Schutzinteresse des Betroffenen (z.B. bei Gesundheitsdaten) weiteren Bedingungen unterworfen werden soll.

Pseudonymisierte und anonymisierte Daten müssen vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen werden.

1. Erhaltung etablierter, legaler werbewirtschaftlicher Geschäftsmodelle

Die Erlaubnistatbestände des Artikel 6 müssen flexibler ausgestaltet werden: Die Interessen Dritter, denen die Daten übermittelt werden, sollten auch weiterhin im Rahmen der Interessenabwägung (Artikel 6 Abs. 1f)) berücksichtigt werden. Auch muss in Artikel 6 Absatz 4 klarstellend und der Vollständigkeit halber zusätzlich auf die Interessenabwägungsklausel als weiteren Erlaubnistatbestand für eine nachträgliche Zweckänderung verwiesen werden. Andernfalls würden etablierte, legale werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle faktisch verboten und Unternehmen in ihrer Existenz gefährdet werden. Hinsichtlich des zentralen Erlaubnistatbestands der Einwilligung muss sichergestellt werden, dass diese auch weiterhin durch schlüssiges Verhalten ausgedrückt werden kann. Um die Verordnung wettbewerbsneutral auszugestalten, ist auch dringend erforderlich, die in der E-Privacy-Richtlinie 2002/58/EG für die Online-Umgebung vorgesehenen Modalitäten der Erklärungsmechanismen für eine Einwilligung im Rahmen der allgemeinen Datenschutzgrundverordnung ausdrücklich zu berücksichtigen. Schließlich muss auch das bewährte Prinzip des Widerspruchsrechts der Richtlinie 95/46/EG beibehalten werden. Danach ist das Widerspruchsrecht richtigerweise von dem Bestehen eines gegenüber dem Interesse an der Datenverarbeitung überwiegenden Schutzinteresses der betroffenen Person abhängig.

2. Beachtung des realen Informationsbedürfnisses der Betroffenen und der formalen und technischen Vorgaben von Informationsträgern

Die im Verordnungsentwurf geregelten allgemeinen Informationspflichten sollten nach Ansicht des ZAW mengenmäßig und hinsichtlich des Zeitpunkts auf ein angemessenes Maß beschränkt werden. Die im aktuellen Verordnungsentwurf vorgesehenen Pflichtangaben überschätzen das Informationsbedürfnis der betroffenen Personen. Ein Übermaß an Informationen – quantitativ und in zeitlicher Hinsicht –, insbesondere auf einem komplexen Gebiet wie dem Datenschutz, kann bei dem Betroffenen leicht ein Gefühl der Überforderung hervorrufen mit der Folge, dass dieser die Informationen inhaltlich gar nicht mehr zur Kenntnis nimmt. Überdies sind die Informationspflichten aufgrund oftmals beschränkter formaler und technischer Vorgaben der Informationsträger vielfach nicht umsetzbar.

3. Sachgerechte Differenzierung bei auf Profilbildung basierender Maßnahmen

Ebenso wie bei den allgemeinen Definitionen fehlt auch für die Fälle des Artikel 20 ein Ausnahmetatbestand, der die Verwendung von Pseudonymisierungs- und Anonymisierungs-

techniken privilegiert. Um Rechtssicherheit zu schaffen muss zudem der Anwendungsbereich der Vorschrift präzisiert und eingengt werden: Maßnahmen, die unter keinerlei vorstellbaren Umständen „einer rechtlichen Wirkung“ vergleichbare „maßgebliche Beeinträchtigungen“ zur Folge haben können, müssen vom Anwendungsbereich ausgenommen werden. Dies gilt beispielsweise für Fälle der werblichen Ansprache von Kunden.

4. Schaffung von Anreizen für Selbstregulierungsinitiativen

Zusätzlich zu der im Verordnungsentwurf enthaltenen Absichtserklärung, die Ausarbeitung von Verhaltensregeln zu fördern, müssen tatsächliche Anreize für Initiativen zur Selbstregulierung geschaffen werden. Diese könnten darin liegen, Selbstregulierungsinitiativen in bestimmten Bereichen Norm ersetzend zur Anwendung kommen zu lassen. Zumindest aber sollte der gesetzliche Rahmen so gefasst sein, dass der Wirtschaft ein angemessener Spielraum zur autonomen Regelsetzung verbleibt. Insbesondere im Bereich des Datenschutzes bei der elektronischen bzw. online Kommunikation können Selbstregulierungsmaßnahmen effektive, flexible und praktikable Antworten auf die vielfältigen und komplexen Herausforderungen in diesem Bereich geben.

5. In der Praxis wirksame Spezialität der E-Privacy-Richtlinie 2002/58/EG

Artikel 89 des Verordnungsentwurfs ist nach Einschätzung des ZAW nicht geeignet, eine echte gesetzliche Spezialität der so genannten E-Privacy-Richtlinie in der Praxis sicherzustellen. Dies ist jedoch erforderlich, um den Besonderheiten in der Online-Umgebung angemessen Rechnung zu tragen und bestehende Geschäftsmodelle, wie beispielsweise werbefinanzierte Telemedienangebote ohne log-in-System, nicht in ihrer Existenz zu bedrohen oder Innovationen in diesem Bereich zu hemmen.

6. Besonderheiten der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung beachten

In der Verordnung sollte ein Erlaubnistatbestand aufgenommen werden, der der Bedeutung der Markt- und Sozialforschung als empirische Grundlage und Unterstützung für gesellschaftliche, politische und wirtschaftliche Entscheidungen angemessen Rechnung trägt und ihre Besonderheiten berücksichtigt. Es muss auch künftig sichergestellt werden, dass dem Markt objektiv ermittelte Verbreitungsdaten der Werbeträger zur Verfügung gestellt werden und die Werbekunden bei ihren Werbeaufträgen Sicherheit über die Leistungsdaten der Medien erhalten. Die Ausnahmetatbestände im vorgelegten Verordnungsentwurf sind hierfür nicht ausreichend.

Berlin, 24. September 2012

Kontakt

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

Ines Nitsche, Rechtsanwältin

Julia Busse, Rechtsanwältin, Justiziarin

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

Telefon: +49-30-590099-719/-718

Telefax: +49-30-590099-722

E-Mail: nitsche@zaw.de; busse@zaw.de

Internet: www.zaw.de



ZENTRALVERBAND DER DEUTSCHEN WERBEWIRTSCHAFT ZAW E.V.

Position
des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft ZAW
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

BÜRO BERLIN: AM WEIDENDAMM 1A · 10117 BERLIN
TELEFON 0 30-59 00 99-7 00 · TELEFAX 0 30-59 00 99-7 22
E-MAIL: ZAW@ZAW.DE · INTERNET: WWW.ZAW.DE

BÜRO BRÜSSEL: C/O ADVERTISING INFORMATION GROUP
157 AVENUE DE BROQUEVILLE · 1200 BRÜSSEL
E-MAIL: EUROPA@ZAW.DE

I. Vorbemerkung

Am 25. Januar 2012 hat die Europäische Kommission ihren umfassenden Vorschlag für eine grundlegende Überarbeitung des europäischen Datenschutzrechts vorgelegt. Mit einer unmittelbar in ganz Europa geltenden Datenschutzverordnung (DSVO) soll die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Unternehmen vollständig neu geregelt werden. In Deutschland treten dann das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie weitere datenschutzrechtliche Bestimmungen in anderen Gesetzen außer Kraft.

Die EU-Kommission verfolgt mit dem vorgelegten Verordnungsentwurf 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 werden¹. Der vorliegende Verordnungsentwurf wird diesen selbst gestellten Ansprüchen aus Sicht des ZAW nicht oder nur unzureichend gerecht. Die möglichen negativen Auswirkungen der Datenschutzreform auf die Werbewirtschaft sind enorm:

Zahlreiche in Deutschland etablierte legale werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle wären künftig verboten oder in der Praxis kaum realisierbar. Dies gilt sowohl für postalisches Direktmarketing als auch für die digitale Werbeansprache und betrifft alle Unternehmen in allen Branchen und Größen: Kaum ein Unternehmen verzichtet auf Werbung und Marketing unter Verwendung von Daten. Dies belegt auch der Dialog Marketing Monitor 2011 der Deutschen Post². Danach beliefen sich im Jahr 2010 die Bruttoinvestitionen in volladressierte Werbesendungen auf 9,4 Mrd. Euro³.

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.

Die im ZAW zusammengeschlossenen Verbände und Organisationen der werbenden Wirtschaft, des Handels, der Medien, der Werbeagenturen sowie der Werbeberufe und der Marktforschung sind der Ansicht, dass der Entwurf in vielen Grundsatzfragen nachbesserungsbedürftig ist: Der Anwendungsbereich sollte auf die für die Bürger relevante Datenver-

¹ Vgl. Übermittlungsvermerk der EU-Kommission an den Rat der Europäischen Union vom 27.01.2012.

² Abrufbar unter <http://www.direktplus.de/archiv/specials/dmm-2011/>.

³ Verlagswirtschaft ist nicht berücksichtigt, vgl. ZAW-Jahrbuch 2012, S. 364 ff.

arbeitung beschränkt bleiben, die Erlaubnistatbestände müssen angemessen flexibel gestaltet werden, um vorhandene Geschäftsmodelle in ihrer Existenz nicht zu gefährden und Innovationen nicht zu hemmen. Die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung müssen praktikabel ausgeformt werden und die strukturellen Besonderheiten der Online-Umgebung und die daraus resultierenden speziellen Datenschutzbestimmungen der so genannten E-Privacy-Richtlinie⁴ beachten. Berücksichtigt werden muss bei allen Überlegungen zu einer Verschärfung des Datenschutzrechts, dass keine Vorgaben eingeführt werden, die kleine und mittelständige Unternehmen gegenüber großen, international tätigen Unternehmen unangemessen benachteiligen.

Zu diesen und weiteren Punkten des Verordnungsentwurfs der EU-Kommission erläutert der ZAW nachfolgend seine Position. Er beschränkt sich dabei auf die Aspekte, die für die deutsche Werbewirtschaft von besonderer Relevanz sind. Eine abschließende Bewertung des Verordnungsvorschlags ist insbesondere vor dem Hintergrund der zahlreichen im Entwurf vorgesehenen "delegierten Rechtsakte" nicht möglich.

⁴ Richtlinie 2002/58/EG.

II. Zentrale Punkte

1. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf für den Bürger relevante Datenverarbeitung/Anreiz für Datensparsamkeit schaffen

Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, den Anwendungsbereich der aktuellen Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG durch eine Neufassung der Definitionen der Begriffe „personenbezogene Daten“ und „betroffene Person“ auszuweiten. 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, Privates wird 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.

Hierzu zählt auch die Notwendigkeit, Daten nach Einsatz von Pseudonymisierungs- oder Anonymisierungstechniken aus dem Anwendungsbereich auszunehmen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht sind sowohl die Anonymisierung als auch die Pseudonymisierung wünschenswert. Derartige Techniken sollten daher im verfügbaren Teil des Verordnungsentwurfs entsprechend berücksichtigt und privilegiert werden, um einen Anreiz für den Einsatz dieser Techniken zu erhalten und die erwünschte „Vorfeldwirkung“ des Datenschutzrechts, Daten anonym oder pseudonym zu verarbeiten, zu erreichen.

Schließlich erscheint es unangemessen, bei der Frage der Identifizierbarkeit nicht nur auf die Erkenntnismöglichkeiten und –mittel des für die jeweilige Datenverarbeitung Verantwortlichen abzustellen (so genannte relative Bestimmbarkeit des Personenbezugs), sondern darüber hinaus auch sämtliche Möglichkeiten und Mittel beliebiger dritter Personen zu berücksichtigen (absolute Bestimmbarkeit), wie im vorgelegten Entwurf vorgesehen. Hieraus resultiert eine große Rechtsunsicherheit für den für die Verarbeitung Verantwortlichen, die durch den unbestimmten Vorbehalt, dass die Mittel nach „allgemeinem Ermessen und aller Voraussicht nach eingesetzt würden“ nicht verringert wird. Einzig der relative Personenbezug ist für den für die Verarbeitung Verantwortlichen kalkulierbar, so dass der Anwendungsbereich insoweit einzuschränken ist.

2. Anpassung der Rechtsgrundlage an Lebenswirklichkeit und technische Entwicklungen

Angesichts der mittlerweile erheblichen Bedeutung des freien Verkehrs von Daten für die private und wirtschaftliche Kommunikation, sollte stärker nach dem möglichen Gefahrenpotential des jeweiligen Datenumgangs differenziert und geprüft werden, ob die Datenverarbeitung nicht generell zulässig sein und nur in datenschutzrechtlich problematischen Fällen und bei überwiegender Schutzinteresse des Betroffenen (z.B. bei Gesundheitsdaten) weiteren Bedingungen unterworfen werden sollte. Nur in diesen Fällen besteht die Notwendigkeit einer präventiven Beschränkung. Bei der Verarbeitung von Daten, die in der heutigen Zeit ein selbstverständlicher Bestandteil der alltäglichen Kommunikation sind, hält der ZAW das pauschale Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt für jedwede Datenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich für nicht mehr zeitgemäß.

Um etablierte legale und legitime Geschäftsmodelle nicht in ihrer Existenz zu gefährden und in dessen Folge werbende Unternehmen in Europa nicht in ihrer Wettbewerbsfähigkeit zu behindern, müssen die Erlaubnistatbestände des Artikel 6 des Verordnungsentwurfs jedenfalls flexibler ausgestaltet werden⁵: Die Interessen Dritter, denen die Daten übermittelt werden, sollten auch weiterhin im Rahmen der Interessenabwägung Berücksichtigung finden können. Bislang fehlt eine entsprechende Bezugnahme – anders als im geltenden Recht – jedoch in Artikel 6 Absatz 1 f). Dem Schutzbedürfnis der Betroffenen wird in diesen Fällen durch die Information über die Datenverarbeitung und die Möglichkeit, Widerspruch einzulegen, Rechnung getragen. Andernfalls würde den Unternehmen faktisch die Möglichkeit genommen, Neukunden mittels Fremdadressen zu werben. Etablierte und nach geltendem Datenschutzrecht zulässige Methoden des postalischen Direktmarketings, wie beispielweise das so genannte Lettershop-Verfahren oder die unmittelbare Werbekooperation, würden unterbunden. Im Lettershop-Verfahren erhält ein Dienstleister (Lettershop) von einem Unternehmen (Mailingsender) vorgedrucktes, aber nicht personalisiertes Werbematerial. Ein weiteres Unternehmen, das nicht in Konkurrenz zum Werbenden steht (der Adressgeber), stellt dem Lettershop relevante Adressen zur Verfügung, die der Lettershop im Auftrag des Adressgebers mit dem Werbematerial vereinigt und die Postauslieferung veranlasst. Der Mailingsender erhält die Adressen erstmals und ausschließlich, wenn der beworbene Verbraucher auf die Werbung (zum Beispiel durch Bestellung) reagiert.

Nach der vorliegenden Entwurfsfassung wäre beispielsweise folgende praktische Fallkonstellation nicht mehr möglich:

Ein Hersteller von Badezimmerarmaturen stellt einem Lettershop vorgefertigtes Werbematerial zur Verfügung, das dieser mit Adressen zusammenführt, die ihm von einem Badfliesenhersteller zur Verfügung gestellt wurden. Der Lettershop sorgt für die Postauslieferung des Werbematerials des Armaturenherstellers an die Adressaten. Dieser erhält die Daten der potentiellen Neukunden gegebenenfalls erstmals, wenn sie auf die Werbung reagieren.

Ohne eine Berücksichtigung des berechtigten Interesses des Herstellers von Badezimmerarmaturen (hier Dritter) an der Bewerbung seiner Produkte wäre ein solches Verfahren künftig unmöglich, obwohl in diesen Konstellationen regelmäßig kein übermäßig schutzwürdiges Interesse des Betroffenen vorliegen wird, keinen Werbebrief zu erhalten. Im Gegenteil: In den meisten Fällen liegen diese Informationen sogar im Interesse des Verbrauchers. Nach dem Verordnungsentwurf würde jedoch nur auf das monetäre Interesse des Adressgebers abgestellt werden können. Es steht zu befürchten, dass dieses nicht als „berechtigtes Interesse“ im Sinne von Artikel 6 Absatz 1f) anerkannt würde.

Die Konsequenz wäre, dass derartige Datenverarbeitungen nicht – wie bisher – auf die Interessenabwägungsklausel gestützt werden könnten mit der Folge des grundsätzlichen Einwilligungserfordernisses gemäß Artikel 6 Absatz 1a). Es liegt jedoch auf der Hand, dass dieses Verfahren mit einem formellen Einwilligungserfordernis praktisch nicht durchführbar wäre: Der werbungstreibende Dritte hat bis zur Reaktion der potentiellen Neukunden auf die Werbung mangels Daten keine Möglichkeit der Kontaktaufnahme.

⁵ Vgl. zu den möglichen Auswirkungen des Verordnungsentwurfs auf unterschiedliche werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle im Einzelnen ZAW-Analyse „Auswirkungen des Entwurfs für eine Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr auf werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle in Deutschland – rechtliche Analyse des Kommissionsentwurfs und erste Hinweise für notwendige Änderungen“, Stand: 10. Mai 2012.

Schließlich muss dringend klargestellt werden, dass eine nachträgliche Änderung des Zwecks der Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten auch zur Wahrung der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten, in dessen Interesse die Daten verarbeitet werden, zulässig ist, wenn eine Interessenabwägung ergeben hat, dass etwaige entgegenstehende Interessen der betroffenen Person nicht überwiegen.

Die Beschränkungen der Erlaubnistatbestände hätte unter anderem massive Auswirkungen auf die Presse. So hängen in Deutschland beispielsweise bis zu 20% der Abbonnentauflage vieler Zeitungen und Zeitschriften von adressiertem Direktmarketing an Fremdadressen ohne vorherige Einwilligung mit der Möglichkeit des Widerspruchs ab. Für das Segment lokaler und regionaler Zeitungen haben aktuelle Befragungen sogar ergeben, dass Werbebriefe an Fremdadressen bis zu 50% der befristeten Abonnements und bis zu 20% der neugewonnenen unbefristeten Abonnements generieren. Es handelt sich hier um seit Jahrzehnten etablierte Geschäftsmodelle der Presse, die auch den Interessen der Leser und potentiellen Lesern angemessen Rechnung tragen. Derartige legale werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle würden durch die aktuelle Entwurfsfassung für eine Datenschutz-Grundverordnung faktisch verboten.

Vertiefende Ausführungen zu den notwendigen Anpassungen der Erlaubnistatbestände finden sich im dritten Teil dieses Positionspapiers unter III.

3. Praktikable Einwilligung

Aus Sicht der deutschen Werbewirtschaft ist es essentiell, die Anforderungen an eine wirkungsvolle Einwilligung praktikabel auszugestalten und hierbei auch unterschiedlich hohe Risiken sowie technische Gegebenheiten, zum Beispiel im digitalen Bereich, zu beachten. Andernfalls kann diese nur noch in Ausnahmefällen eine geeignete Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten bilden. Sollte an der Ausweitung des Anwendungsbereichs durch die neuformulierten Definitionen der personenbezogenen Daten und der betroffenen Person festgehalten werden, müssen im Falle der Beibehaltung des Verbotsprinzips mit Erlaubnisvorbehalt angemessene und in der Praxis umsetzbare Erlaubnistatbestände gegenüberstehen, um auch künftig ein Gleichgewicht zwischen den grundrechtlich geschützten legitimen Kommunikationsinteressen der Wirtschaft und dem ebenfalls verfassungsmäßig verbrieften Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen zu gewährleisten.

Es muss auch weiterhin möglich sein, das Einverständnis durch schlüssiges Verhalten auszudrücken, so beispielsweise auf Messen durch das Einwerfen einer Visitenkarte in einen gekennzeichneten Kasten, um die Einwilligung für den Erhalt von Werbematerial auszudrücken. Durch die zusätzliche Anforderung einer „expliziten Willensbekundung“ (Artikel 4 Absatz 8) ist dies nicht sichergestellt. Auch die weitere Modalität einer „sonstigen eindeutigen Handlung“ vermag insoweit keine ausreichende Rechtssicherheit zu bieten, da das Tatbestandsmerkmal der „Eindeutigkeit“ unbestimmt und daher auslegungsbedürftig ist. Der ZAW sieht die Gefahr, dass durch dieses zusätzliche Erfordernis Willenserklärungen, die im Zivilrecht wirksam wären, im Bereich des Datenschutzrechts entwertet würden.

Durch die formellen und materiellen Verschärfungen für die Wirksamkeit einer Einwilligung würden auch bewährte und neue Geschäftsmodelle im Internet ohne log-in-Modell erhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber Online-Diensten, die ein log-in voraussetzen (wie beispielsweise soziale Netzwerke und Portalangebote) erleiden. Um die Verordnung wettbewerbsneutral auszugestalten, ist es daher dringend erforderlich, die in der E-Privacy-

Richtlinie 2002/58/EG für die Online-Umgebung vorgesehenen Modalitäten der Erklärungsmechanismen für eine Einwilligung im Rahmen der allgemeinen Datenschutzgrundverordnung ausdrücklich zu berücksichtigen. Die im vorliegenden Entwurf enthaltenen Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung würden die Konkurrenzregelungen für das Verhältnis zur Richtlinie 2002/58/EG faktisch wirkungslos erscheinen lassen.

4. Schutz von Minderjährigen mit Augenmaß

Statt einer pauschalen Einordnung jeder Person unter 18 Jahren als Kind, sollten die Definition dieses Begriffs und die damit verbundene Möglichkeit zur Einwilligung dem Selbstbestimmungsrecht und Entscheidungshorizont von Minderjährigen Rechnung tragen. Das Recht zu einer rechtswirksamen Einwilligung muss sich an der gesellschaftlichen Wirklichkeit und der Rechtstradition in den Mitgliedstaaten orientieren und berücksichtigen, dass Minderjährige in zahlreichen Rechtsbereichen durchaus wirksame Entscheidungen treffen können. Es erscheint nicht schlüssig, dass ein Minderjähriger mit 12 Jahren in einem Ladengeschäft eine DVD oder CD kaufen kann⁶, jedoch nicht in der Lage sein soll, sich diese ohne vorherige Einwilligung der Erziehungsberechtigten in einem Online-Shop z.B. mittels Prepaidkarte zu kaufen, da die Lieferung die Angabe der Adressdaten erfordert. Dies würde zu unlösbaren Wertungswidersprüchen führen und mit erheblicher Rechtsunsicherheit für die Unternehmen verbunden sein. In diesem Sinne hat sich auch der Hessische Datenschutzbeauftragte Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch in seinem Beitrag „Fortentwicklung des Datenschutzes“ gegen eine pauschale Einordnung aller unter 18-Jährigen als Kinder ausgesprochen⁷. Es muss ferner sichergestellt werden, dass die spezielle Schutzvorschrift des Artikel 8 keine Anwendung auf Angebote findet, die auf erwachsene Nutzer ausgerichtet sind. Gerade im digitalen Bereich würde dies zu einem unverhältnismäßigen Aufwand der Unternehmen führen, da diese laufend durch eine Altersverifikation überprüfen müssten, ob ihre Angebote faktisch auch von Minderjährigen genutzt werden.

5. Beachtung des realen Informationsbedürfnisses der Betroffenen und der formalen und technischen Vorgaben von Informationsträgern

Die im Verordnungsentwurf geregelten allgemeinen Informationspflichten überschätzen einerseits das Informationsbedürfnis der betroffenen Personen und sind andererseits auf Grund der oftmals beschränkten formalen und technischen Vorgaben der Informationsträger vielfach nicht umsetzbar. So wird beispielsweise auf einer vorgedruckten Antwortpostkarte für eine Club-Mitgliedschaft regelmäßig nicht ausreichend Raum zur Verfügung stehen, um sämtliche in Artikel 14 vorgeschriebenen Informationen, u. a. das Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde und deren Kontaktdaten, die Empfänger oder Kategorien von Empfängern und die gegebenenfalls vorhandene Absicht, die Daten an ein Drittland oder eine internationale Organisation zu übermitteln, sowie das dort geltende Datenschutzniveau unter Bezugnahme auf einen Angemessenheitsbeschluss der Kommission, abzudrucken. Daher sollte ein differenzierender Ansatz bei den Informationspflichten gewählt werden, der es den Betroffenen erlaubt, zunächst die für sie wichtigsten Basisinformationen zur Kenntnis zu nehmen. Für im Einzelfall darüber hinausgehende Informationsbedürfnisse könnte ein Hinweis auf weitere Informationen an anderer, frei zugänglicher Stelle aufgenommen werden.

⁶ Vgl. § 110 BGB, sog. „Taschengeldparagraf“.

⁷ Vgl. Zeitschrift „Datenschutz und Datensicherheit“, 8/2012, S. 561 ff.

Ferner muss sichergestellt werden, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche keine ihm unmöglichen Informationen bereitzustellen hat: So kennt dieser zum Beispiel bei Abschluss eines unbefristeten Abonnementvertrags grundsätzlich nicht im Vorfeld die Dauer für die die Daten gespeichert werden. Insoweit würde ihm Unmögliches durch die entsprechende Verpflichtung abverlangt, die überdies im Verstoßfall mit einem empfindlichen Bußgeld bewehrt ist (vgl. Artikel 79 Absatz 5 (a)).

Auch sollten sachgerechte Ausnahmen für die Fälle vorgesehen werden, in denen kein berechtigtes Interesse der Betroffenen an der Informationsgabe besteht oder diese einen reinen Formalismus und damit eine unverhältnismäßige Belastung des für die Verarbeitung Verantwortlichen darstellt. Dies betrifft beispielsweise die Fälle, in denen die Daten aus öffentlichen Verzeichnissen stammen oder die Datenverarbeitung im geschäftlichen Bereich (B2B) erfolgt.

Schließlich muss neben der Menge der Informationen auch der Zeitpunkt der Informationsgabe angemessen berücksichtigt werden, damit die Betroffenen sie auch tatsächlich zur Kenntnis nehmen können. Ein Übermaß an Informationen – quantitativ und in zeitlicher Hinsicht –, insbesondere auf einem komplexen Gebiet wie dem Datenschutz, kann bei dem Betroffenen leicht ein Gefühl der Überforderung hervorrufen mit der Folge, dass dieser die Informationen inhaltlich gar nicht mehr zur Kenntnis nimmt. Aus diesem Grund erscheint es geboten, eine wiederholte Bereitstellung von identischen Informationen gegebenenfalls von unterschiedlichen Stellen – wie angesichts der bisherigen Regelung in Artikel 14 Absatz 4 möglich – zu vermeiden.

6. 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. Direktmarketing ist in allen Branchen ein fester Bestandteil der Gesamtmarketingstrategie von Unternehmen. Wie bereits unter Ziffer 2 ausgeführt, gilt dies beispielsweise auch für die Abonnementauflage von Zeitungen und Zeitschriften. Die Fortführung der unter Ziffer 2 genannten Geschäftsmodelle ist nur möglich, wenn – neben den erforderlichen Anpassungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs und den Erlaubnistatbeständen, ohne die die Ausnahme des Dialogmarketings vom generellen Einwilligungserfordernis ins Leere liefe (s.o. zu Ziff. 1. und 2.) – auch das bewährte Prinzip des Widerspruchsrechts des Artikel 14a der Richtlinie 95/46/EG beibehalten wird.

Eine weitere Voraussetzung hierfür ist, dass die formellen Anforderungen an die Information über das Widerspruchsrecht – wie die Informationspflichten im Übrigen – unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Formate von Informationsträgern praktikabel ausgestaltet werden. So kann ein ausdrücklicher und verständlicher Hinweis auch dort erfolgen, wo – wie etwa auf einer Postkarte – infolge begrenzten Platzes eine räumliche Abgrenzung von anderen (Pflicht-)Informationen vielfach nicht möglich sein wird.

7. Sachgerechte Differenzierung bei auf Profilbildung basierender Maßnahmen

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 abzielen. Wie in vielen anderen Regelungen auch wurden hierbei – bewusst oder unbewusst – die durch die – auch für soziale Netzwerke – ausufernde Formulierung drohenden gravierenden „Kollateralschäden“ bei anderen Geschäftsmodellen, insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen, unberücksichtigt gelassen. Soweit die Vorschrift eine auf Profilbildung basierende Maßnahme untersagt, die den Betroffenen „in maßgeblicher Weise beeinträchtigt“, erscheint die Regelung zu unbestimmt und ist wiederum mit erheblicher Rechtsunsicherheit für den für die Verarbeitung Verantwortlichen verbunden, der auch hier im Verstoßfall mit drastischen Bußgeldern rechnen muss (vgl. Artikel 79 Absatz 6d)). Es besteht die Gefahr, dass von der weiten Regelung auch Datenverarbeitungsvorgänge als umfasst angesehen werden, deren Folgen einerseits nicht den gleichen Schweregrad wie Fälle „der rechtlichen Wirkung“ – die alternative Voraussetzung nach Artikel 20 – entfalten, zugleich jedoch bewährte legale Geschäftsmodelle in ihrer Existenz bedrohen. Dies wäre beispielsweise für Fälle der werblichen Ansprache von Kunden vorstellbar. Diese entfalten unter keinerlei real vorstellbaren Umständen mit rechtlichen Wirkungen vergleichbare Folgen. Aufgrund des unbestimmten Wortlauts lässt sich jedoch nicht zuverlässig ausschließen, dass diese gleichwohl als unzulässig nach Artikel 20 angesehen werden. Entsprechendes ist aber auch in vielen anderen Kommunikationsbereichen vorstellbar. So erscheint es nicht völlig fernliegend, dass auch eine politische Partei, die beispielsweise neue Parteimitglieder mit einem akademischen Abschluss und einem ausgeprägten Interesse für Sport durch Einladungen zu lokalen Veranstaltungen gewinnen möchte, mit ihrem Vorhaben – wenn nicht schon an anderen Vorschriften des Verordnungsentwurfs – so doch jedenfalls an den unbestimmten Hürden des Artikel 20 mit ihren Einladungsplänen scheitern wird. Um solche Auswüchse zu verhindern, sollte der Anwendungsbereich der Vorschrift unbedingt präzisiert und eingeeengt werden

Ebenso wie bei den allgemeinen Definitionen muss auch speziell für die Fälle des Artikel 20 sichergestellt werden, dass die Verwendung von Pseudonymisierungs- und Anonymisierungstechniken privilegiert wird.

8. Beachtung der Umsetzbarkeit gesetzlicher Verpflichtungen

Ein modernes Datenschutzrecht – wie von der EU-Kommission beabsichtigt – bedarf zu seiner Effektivität und Effizienz trotz aller vorausgesetzten Modernität und technischen Innovationen der Berücksichtigung der realen Umsetzbarkeit der statuierten Pflichten. Im Sektor der Informations- und Kommunikationstechnologie sind Machbarkeitsgrenzen vorhanden, die es zu beachten gilt. Erst recht bestehen diese in der Offline-Welt, für die der vorgelegte Entwurf ja gleichermaßen Geltung beansprucht. Unmögliches kann von den für die Verarbeitung Verantwortlichen nicht verlangt werden und sollte im Verstoßfall schon gar nicht sanktioniert werden. Vor diesem Hintergrund sollten das vorgesehene Recht auf Datenübertragbarkeit, die Modalitäten des so genannten Rechts auf Vergessenwerden sowie die Verpflichtungen zum Datenschutz durch Technik und zu datenschutzfreundlichen Voreinstellungen auf ihre Umsetzbarkeit in der Praxis überprüft und entsprechend angepasst werden.

9. Bürokratieabbau/Keine Kostenexplosion für Unternehmen

Nach Schätzung der EU-Kommission sollen Unternehmen durch einen Abbau unnötiger administrativer Anforderungen, wie beispielsweise Meldepflichten, Kosten in Höhe von etwa 2,3 Mrd. Euro einsparen⁸. Legt man hingegen die Berechnungen und Schätzungen der Unternehmen zugrunde, wird durch die verschärften Regelungen in der jetzigen Entwurfsfassung jedoch das genaue Gegenteil eintreten: Die finanziellen Einbußen und zusätzlichen Kosten für die Unternehmen würden in die Höhe schnellen. Der englische Dialogmarketingverband hat in seiner jüngst veröffentlichten Studie „Putting a price on direct marketing 2012“⁹ beispielsweise die mit der geplanten Verordnung möglicherweise einhergehenden finanziellen Einbußen und zusätzlichen Kosten für die Gesamtheit der britischen Unternehmen mit 47 Milliarden britische Pfund pro Jahr geschätzt, die sich vornehmlich auf kleine und mittelständische Unternehmen auswirken würden.

Entgegen den Ankündigungen der Kommission wird der Verwaltungsaufwand durch den vorliegenden Entwurf auch nicht abgebaut, vielmehr werden vorhandene bürokratische Pflichten nur verlagert und zusätzlich verschärft. Dies betrifft beispielsweise die umfangreichen Dokumentations-, Melde- und Genehmigungspflichten. Der nationalen Rechtslage in Deutschland entsprechend sollten sich die Meldepflichten in Artikel 31 und 32 auf bestimmte Risikodaten beschränken und nur bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen ausgelöst werden. Das generelle Genehmigungserfordernis vor der Verarbeitung personenbezogener Daten in Artikel 34 erscheint insbesondere angesichts der obligatorischen Datenschutzfolgenabschätzung (Artikel 33) unangemessen. Um ein zügiges Verwaltungsverfahren im Interesse der Förderung von Innovationen und Arbeitsplätzen sicherzustellen, sollten auch für die Fälle des zurateziehens verbindliche Antwortfristen für die Datenschutzbehörden im Verordnungstext selbst festgeschrieben werden. Insgesamt muss der bürokratische Aufwand für die Unternehmen auf ein angemessenes Maß reduziert werden, um jedenfalls insoweit auch eine finanzielle Entlastung der Unternehmen realistisch erscheinen zu lassen.

10. Stärkung der Rechtssicherheit

Die erhebliche Anzahl von Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von delegierten Rechtsakten führt zu einer enormen Rechtsunsicherheit. Nach Ansicht des ZAW betreffen eine Vielzahl der Ermächtigungsnormen die Kernelemente des Verordnungsinhalts, die nur im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren geregelt werden können. Aus diesen Gründen sollten diese Ermächtigungsnormen gestrichen werden.

Überdies muss sichergestellt werden, dass delegierte Rechtsakte nicht ohne Beteiligung der Normadressaten, also der Wirtschaft, erlassen werden können.

Die Rechtsunsicherheit wird dadurch verstärkt, dass die Verordnung teilweise Pflichten statuiert, die die für die Verarbeitung Verantwortlichen nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erfüllen können. Zugleich werden für den Fall des Verstoßes gegen diese Verpflichtungen und andere unbestimmte Vorgaben existenzgefährdende Sanktionen geknüpft, die

⁸ Vgl. Pressemeldung der EU-Kommission v. 25.01.2012, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/46&format=HTML&aged=0&language=DE>.

⁹ Vgl. http://comms.dma.org.uk/HS?a=ENX7Cqk7zyxv8SA9MKJAIQ7nGHxKLfXrM_cStGb5lw8W0bBhOG5mpqVsje_HhdBF5VEK.

auch bei fahrlässigen Verstößen greifen sollen. Hier sollte nach Ansicht des ZAW unbedingt ein angemessenes Gleichgewicht hergestellt und mehr Rechtssicherheit geschaffen werden.

11. Schaffung von Anreizen für Selbstregulierungsinitiativen/ Angemessene Beteiligung von Wirtschaftsvertretern

Die in dem Verordnungsentwurf enthaltene Absichtserklärung, die Ausarbeitung von Verhaltensregeln zu fördern, ist nicht ausreichend, um tatsächliche Anreize für Initiativen zur Selbstregulierung zu fördern. Derartige Maßnahmen würden gerade im Bereich des Datenschutzes bei der elektronischen bzw. Online-Kommunikation effektive, flexible und praktikable Antworten auf die vielfältigen und komplexen Herausforderungen in diesem Bereich geben können. Eine echte Förderung derartiger Maßnahmen könnte darin liegen, diese in bestimmten Bereichen Norm ersetzend zur Anwendung kommen zu lassen. Zumindest aber sollte der gesetzliche Rahmen so gefasst sein, dass der Wirtschaft ein angemessener Spielraum zur autonomen Regelsetzung verbleibt.

Es muss auch eine angemessene und ausgewogene Berücksichtigung der Wirtschaftsinteressen sichergestellt werden. Wirtschaftsvertreter sollten sowohl an den Verfahren zum Erlass delegierter Rechtsakte beteiligt werden und darüber hinaus Sitze im Europäischen Datenschutzausschuss erhalten.

12. Besonderheiten der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung beachten

Die bisherigen Ausnahmetatbestände sind nach Einschätzung des ZAW nicht ausreichend, um die Tätigkeit der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung zu erfassen. Diese sollten daher um einen Erlaubnistatbestand entsprechend der bestehenden nationalen Rechtslage (vgl. § 30a BDSG) ausgeweitet werden, der der Bedeutung der Markt- und Sozialforschung als empirische Grundlage und Unterstützung für gesellschaftliche, politische und wirtschaftliche Entscheidungen angemessen Rechnung trägt und ihre Besonderheiten berücksichtigt. Besonders der Online-Werbemarkt ist ein Wachstumsmarkt. Fast sämtliche Medien (Werbeträger) sind ebenso wie die werbewirtschaftlichen Dialogmarketingmaßnahmen heutzutage darauf angewiesen, auch online verbreitet bzw. durchgeführt zu werden. Den dadurch enorm gestiegenen (Produktions- und Vertriebs-)Kosten stehen jedoch angesichts der vorherrschenden „Kostenlos-Mentalität“ der Internetnutzer hinsichtlich einer Vielzahl von Online-Inhalten noch keine relevanten Vertriebs Erlöse in diesem Bereich gegenüber. Online-Werbung bildet daher ein unverzichtbares Element der Finanzierung freier und unabhängiger Medien auf deutscher und europäischer Ebene. Die Finanzierung kostenloser Internet-Angebote für den Verbraucher durch Werbung bedingt eine stabile Werbewährung, die auf der anbieterübergreifenden Mediadatenermittlung im Wege der Marktforschung beruht. Durch einen entsprechenden Erlaubnistatbestand muss weiterhin sichergestellt werden, dass dem Markt objektiv ermittelte Verbreitungsdaten der Werbeträger zur Verfügung gestellt werden und die Werbekunden bei ihren Werbeaufträgen Sicherheit über die Leistungsdaten der Medien erhalten.

13. In der Praxis wirksame Spezialität der E-Privacy-Richtlinie 2002/58/EG

Artikel 89 des Verordnungsentwurfs ist nach Einschätzung des ZAW nicht geeignet, eine echte gesetzliche Spezialität der so genannten E-Privacy-Richtlinie in der Praxis sicherzustellen. Dies ist jedoch erforderlich, um den Besonderheiten in der Online-Umgebung angemessen Rechnung zu tragen und bestehende Geschäftsmodelle, wie beispielsweise werbe-

finanzierte Telemedienangebote ohne log-in-System, nicht in ihrer Existenz zu bedrohen oder Innovationen in diesem Bereich zu hemmen. Die Spezialitätsregelung des Artikel 89 greift nach Einschätzung des ZAW insoweit zu kurz, da sie nur den Vorrang der Richtlinienvorschriften bestimmt, ohne zugleich auch den Vorrang der von ihr eingeräumten oder belassenen Möglichkeiten und Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten aufzuführen. Durch diese bisher fehlende Klarstellung besteht die Gefahr, dass auf nationaler Ebene geltende Erlaubnistatbestände für Telemedien, zum Beispiel § 15 Absätze 3 und 5 Telemediengesetz (TMG), als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu werbewirtschaftlichen Zwecken keine Anwendung mehr finden.

Zugleich müssten durch die Bestimmung in Artikel 88 Absatz 2 des Verordnungsentwurfs auch die ausgeweiteten Begriffsbestimmungen und verschärfte Grundsätze der Verordnung an die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung, wie etwa das Erfordernis einer expliziten Einwilligung, im Rahmen der E-Privacy-Richtlinie berücksichtigt werden. Wie bereits oben ausgeführt, differenzieren diese jedoch nicht ausreichend nach dem jeweiligen Risiko der Datenverarbeitung sowie den technischen Besonderheiten im digitalen Bereich und sind auf Grund der unbestimmten Formulierungen mit großer Rechtsunsicherheit für die Unternehmen verbunden, die somit vollumfänglich auf den digitalen Bereich durchschlagen würde. Vor diesem Hintergrund sollte die Spezialität der E-Privacy-Richtlinie einerseits an für den digitalen Bereich entscheidenden Stellen im Verordnungsentwurf gesondert verankert werden, so beispielsweise im Zusammenhang mit den Einwilligungsvoraussetzungen durch einen Hinweis auf die unterschiedlichen Modalitäten der Erklärungsmechanismen der E-Privacy-Richtlinie (vgl. oben Ziff. 3.). Zum Anderen sollte durch eine eindeutige Normsystematik – innerhalb eines Regelwerks, im Verhältnis der EU-Regelwerke zueinander und im Verhältnis der EU-Normen zu nationalen Vorschriften unter dem Regime der E-Privacy-Richtlinie – der Spezialität der bereits vorhandenen praktikablen Vorschriften für den digitalen Bereich in der Praxis zur Geltung verholfen werden.

III. Vertiefende Ausführungen

Zu 2.: Anpassung der Rechtsgrundlage an Lebenswirklichkeit und technische Entwicklungen

Artikel 6 Absatz 1 b) - Verarbeitung auch zur Erfüllung rechtsgeschäftsähnlicher Beziehungen erforderlich

Der aktuellen Rechtslage entsprechend sollte der Erlaubnistatbestand des Artikel 6 1b) um die Erfüllung rechtsgeschäftsähnlicher Schuldverhältnisse als Grund für die Datenverarbeitung erweitert werden. Durch die im Verordnungsentwurf vorgenommene Einschränkung auf vorvertragliche Schuldverhältnisse würden allgemein akzeptierte Marketingmethoden wie beispielsweise Preisausschreiben oder so genannte Freundschaftswerbung unmöglich werden.

Artikel 6 Absatz 1 f) - Berücksichtigung von Interessen Dritter bei Interessenabwägung

Aus werbewirtschaftlicher Sicht ist besonders besorgniserregend, dass nach dem Willen der EU-Kommission selbst im Vergleich zu dem strengen deutschen Datenschutzrecht die meisten der bestehenden Handlungsspielräume beim Umgang mit personenbezogenen Daten

noch weiter eingeschränkt werden sollen. Im Ergebnis würde dies zu einem faktischen Verbot zahlreicher bislang in Deutschland etablierter legitimer und legaler werbewirtschaftlicher Geschäftsmodelle führen. Die für eine funktionierende Marktwirtschaft so wichtige qualifizierte werbliche Ansprache potentieller Kunden per Post würde mit der neuen Verordnung praktisch unmöglich gemacht.

Anstelle einer Erweiterung der Erlaubnistatbestände, die der erheblichen und unberechenbaren Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Verordnung angemessen Rechnung trüge, enthält der Kommissionsvorschlag im Vergleich zur geltenden Datenschutzrichtlinie 95/46/EG eine extreme Verkürzung gesetzlicher Erlaubnisse für die Verarbeitung personenbezogener Daten.

Künftig sollen die Interessen „Dritter“ im Rahmen der Interessenabwägung keine Berücksichtigung mehr finden können. Die Neukundenwerbung durch die Nutzung von Fremdadressen bei Arbeitsteilung zwischen Adressgebern und den Datenempfängern wäre damit faktisch unmöglich, das berechnete Interesse des Werbungtreibenden an der Bewerbung seiner Produkte bzw. Dienstleistungen hätte bei der Interessenabwägung regelmäßig außer Acht zu bleiben (s.o. zu Ziff. I. 2.). Dies hätte jedoch branchenübergreifend für alle Unternehmen fatale Folgen: Die Nutzung von Fremdadressen ist elementar für das Erreichen neuer Kunden und damit für den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen. Zugleich würde auch sämtlichen Geschäftsmodellen, die die geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zweck der Übermittlung zum Gegenstand haben und nach dem deutschen Bundesdatenschutzgesetz (§ 29 BDSG) bisher zulässig sind, die Geschäftsgrundlage entzogen.

Auch im Online-Bereich ist die Interessenabwägungsklausel des vorgelegten Verordnungsentwurfs unzureichend, um etablierte werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle im Internet auch weiterhin zu betreiben. Dies betrifft beispielsweise die Auslieferung von Werbemitteln, die Abrechnung und Kostenkontrolle bei der Online-Werbung oder die anbieterübergreifende Mediadatenermittlung¹⁰. Es ist schon fraglich und daher mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet, ob der werbewirtschaftliche Zweck dieser Geschäftsmodelle als legitimes Interesse im Sinne von Artikel 6 Absatz 1f) anerkannt würde. Jedenfalls würde auch in diesem Bereich die Ausklammerung von Drittinteressen dazu führen, dass eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten nicht auf die Interessenabwägungsklausel gestützt werden könnte, wenn mehrere Unternehmen an der Datenverarbeitung beteiligt sind. Dies ist in diesen Konstellationen regelmäßig der Fall. Eine Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung in diesem Bereich scheidet – ebenso wie im postalischen Direktmarketing – aus: Wie bereits unter Ziffer II 3. ausgeführt, haben viele Unternehmen faktisch keine Möglichkeit, eine Einwilligung betroffener Personen zu erlangen, da sie häufig keinen persönlichen Kundenkontakt haben und diesen auch nicht aufbauen können. Dies gilt großteils für alle Telemedienanbieter, deren Angebote – datensparsam – nicht auf einem log-in-Modell basieren. Insoweit trifft die Aussage der Kommission, der Verordnungsentwurf sei wettbewerbsneutral ausgestaltet, nicht zu.

Im Rahmen der Interessenabwägungsklausel des Artikel 6 Absatz 1f) erscheint ferner die unwiderlegliche gesetzliche Vermutung unangemessen, dass die Interessenabwägung gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten spricht, wenn Personen unter 18 Jahren betroffen sind. Dies umso mehr, als in Artikel 8 zusätzlich Minderjährige bis zum vollendeten 13. Lebensjahr besondere Berücksichtigung finden.

¹⁰ Zu den Einzelheiten siehe ZAW-Analyse „Auswirkungen des Entwurfs für eine Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr auf werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle in Deutschland – rechtliche Analyse des Kommissionsentwurfs und erste Hinweise für notwendige Änderungen“, Stand: 10. Mai 2012, S. 16 ff.

Es sind auch keine sachlichen Gründe ersichtlich, Datenverarbeitungen, die die schutzwürdigen Interessen Minderjähriger nicht beeinträchtigen, faktisch zu unterbinden. Deren Interessen müssen im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung selbstverständlich auch ohne eine besondere Hervorhebung angemessen berücksichtigt werden. Hierdurch kann ihrem Schutzbedürfnis bereits ausreichend Rechnung getragen werden.

Schließlich halten wir es aus Gründen der Rechtssicherheit auch für erforderlich, jedenfalls in den Erwägungsgründen explizit auszuführen, dass in den Fällen, in denen die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen stammen und bei der Datenverarbeitung im geschäftlichen Bereich (B2B), regelmäßig kein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen vorliegt, das gegen eine Datenverarbeitung spricht.

Artikel 6 Absatz 1 – Erweiterung um einen Erlaubnistatbestand zur Erfüllung der Verpflichtung aus Artikel 5

Artikel 5 des Verordnungsentwurfs legt die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten fest. Hierzu zählt gemäß Artikel 5 d) unter anderem die Pflicht des für die Verarbeitung Verantwortlichen sicherzustellen, dass die personenbezogenen Daten richtig und auf dem neuesten Stand sind. Danach sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit die Daten, die im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung unzutreffend sind, unverzüglich gelöscht oder berichtigt werden.

Der Datenumgang zu diesem Zweck muss konsequenterweise auch zulässig sein, was aus Gründen der Rechtssicherheit zusätzlich in Artikel 6 Absatz 1 festgeschrieben werden sollte.

Artikel 6 Absatz 4 - Zweckbindung

Die Zweckbindungsregel in Artikel 6 Absatz 4 verweist nicht auch auf die Interessenabwägungsklausel in Artikel 6 Absatz 1f), was zu einer Inkonsistenz der Erlaubnistatbestände für die Datenerhebung gegenüber denen der Weiterverarbeitung von Daten führte, die wiederum mit erheblichen negativen Folgen für die Werbewirtschaft verbunden wäre: Die Regelung hätte zur Konsequenz, dass die Zweckänderung der Datenweiterverarbeitung zu Werbezwecken selbst dann dem Einwilligungserfordernis unterliegt, wenn kein überwiegendes schutzwürdiges entgegenstehendes Interesse der betroffenen Person vorliegt. So dürfte beispielsweise ein Kunde, der von sich aus ohne vorherige Bewerbung etwas bestellt, anschließend nicht von dem Unternehmen beworben werden, da es sich hierbei um eine gemäß Artikel 6 Absatz 4 des Verordnungsentwurfs unzulässige Zweckänderung handelte.

Nach bisherigem Recht ist bei nachträglichen Zweckänderungen eine neue Rechtsgrundlage nur erforderlich, wenn sie nicht mit den ursprünglichen Zwecken vereinbar sind. Ein sachlicher Grund für die nunmehr vorgesehene Verschärfung der Erlaubnistatbestände für die Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten ist nicht ersichtlich und möglicherweise auch nicht beabsichtigt, denn sie führte faktisch zum gleichen Ergebnis wie ein allgemeiner Einwilligungsvorbehalt für kommerzielles Direktmarketing, der noch im Vorentwurf der Verordnung enthalten war, jedoch in der vorliegenden Fassung gestrichen wurde.

Der Verweis auf Artikel 6 Absatz 1 muss sich deshalb nicht nur auf Buchstabe a bis e, sondern konsequenterweise auch auf Buchstabe f beziehen.

Artikel 6 Absatz 5 - Delegierte Rechtsakte

Zahlreiche legale und legitime Geschäftsmodelle der Werbewirtschaft beruhen auf der Interessensabwägungsklausel des Artikel 6 Absatz 1f). In dem Entwurf behält sich die EU-Kommission die konkrete Auslegung dieses zentralen Elements im Datenschutzrecht im Rahmen von delegierten Rechtsakten vor. Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Behörde eine wesentliche Gesetzgebungsbefugnis übertragen wird. Hierdurch wird eine nicht akzeptable Rechtsunsicherheit für die Unternehmen hervorgerufen. So könnte beispielsweise das ursprünglich von der Kommission geplante Verbot kommerziellen Direktmarketings ohne ordnungsgemäßes parlamentarisches Verfahren eingeführt werden.

Ungeachtet der allgemeinen Vorbehalte des ZAW gegenüber der Vielzahl von vorgesehenen Befugnissen zum Erlass delegierter Rechtsakte (vgl. Ziff. II. 10.), sollte insbesondere die Befugnis hinsichtlich der Interessensabwägungsklausel aus Gründen der Rechtssicherheit gestrichen werden.

Berlin, 24. September 2012

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist die Dachorganisation von 40 Verbänden der am Werbebusiness beteiligten Kreise. Er vertritt die Interessen der werbenden Wirtschaft, des Handels, der Medien, der Werbeagenturen sowie der Werbeberufe und der Marktforschung. Er ist die gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft in Deutschland.

Der ZAW repräsentiert ca. 31 Milliarden Euro Investitionen in Medienwerbung und rund 600.000 Beschäftigte in den Arbeitsbereichen der Markt-Kommunikation.

Dabei setzt sich der ZAW für die Freiheit der kommerziellen Kommunikation als einer unabdingbaren Voraussetzung für den im Interesse der Unternehmen und der Verbraucher liegenden unverfälschten und fairen Wettbewerb ein. Werbung und kommerzielle Kommunikation sind zugleich unverzichtbare Grundlage für die Finanzierung vielfältiger, unabhängiger Medien und somit ein wesentlicher Faktor für ein freiheitliches, demokratisches und nachhaltig verantwortungsbewusstes Gemeinwesen – in Deutschland wie auch in Europa.

Kontakt

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

Ines Nitsche, Rechtsanwältin

Julia Busse, Rechtsanwältin, Justiziarin

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

Telefon: +49-30-590099-719/-718

Telefax: +49-30-590099-722

E-Mail: nitsche@zaw.de; busse@zaw.de

Internet: www.zaw.de