

Bundesministerium des Innern  
Referat V II 4 - Datenschutzrecht

Per e\_mail: [PGDS@bmi.bund.de](mailto:PGDS@bmi.bund.de); [VII4@bmi.bund.de](mailto:VII4@bmi.bund.de)

*Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit*  
1. Vorsitzender  
Rechtsanwalt  
Oranienstraße 164, D-10969 Berlin

Telefon: +49-30-61 68 94 09  
Telefax: +49-30-61 68 94 56  
E-Mail: [abrandi-dohrn@boetticher.com](mailto:abrandi-dohrn@boetticher.com)

Berlin, 22. Februar 2012

Verordnung - KOM (2012) 11 - zur Ablösung der bisherigen EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG  
Richtlinie - KOM(2012) 10 - zur Ablösung des bisherigen Rahmenbeschlusses 2008/977/JI

**Hier: Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die **Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.** (DGRI) ist eine der in Deutschland führenden unabhängigen wissenschaftlichen Vereinigungen im Bereich des IT-Rechts. Zu ihren Mitgliedern zählen Richter, Rechtsanwälte, Rechtswissenschaftler, Firmenjuristen der IT-Branche und IT-Techniker. Sie befasst sich mit Fragen im Bereich der Schnittstelle zwischen Informatik- und EDV-Recht einerseits sowie Recht und Wirtschaft andererseits. Sie fördert die Zusammenarbeit von Lehre, Forschung, Gesetzgebung und Praxis in allen Fragen der Informationstechnik. Sie begleitet Gesetzgebungsvorhaben als neutrale Institution und ist nicht den Partikularinteressen einzelner Unternehmen oder Branchen verpflichtet.

Die DGRI befasst sich – insbesondere über ihren Fachausschuss Datenschutz – seit vielen Jahren mit allen Fragen des Datenschutzes. Im Verlauf der vergangenen Jahre hat die DGRI ein wachsendes Unbehagen sowohl im Bereich der Wissenschaft, wie auf Seiten der Privatwirtschaft und auf Verbraucherseite festgestellt, dass die Regelungen zum Schutz persönlicher Daten im Verhältnis zwischen Privaten überaus kompliziert und auch für Fachleute kaum mehr handhabbar sind – um so weniger für die eigentlich Betroffenen, die privaten Verbraucher.

Die DGRI begrüßt das Bestreben der Kommission, das national sehr unterschiedliche Datenschutzrecht durch eine Verordnung europaweit zu vereinheitlichen und dadurch Unsicherheiten über die jeweils anwendbaren Regelungen erheblich zu reduzieren. Die DGRI regt jedoch an, bei der Neugestaltung des Datenschutzes in Europa die Gelegenheit zu nutzen, das Schutzkonzept einer grundsätzlichen Revision zu unterziehen. Die DGRI hat in diesem Zusammenhang schon gegenüber der EU-Kommission – durch die Stellungnahme vom 21.12.2011 – die Ergebnisse ihrer Diskussionen im Mitgliederkreis in thesenartiger Form vorgestellt, die wir in der Anlage beifügen.

Ergänzend weist die DGRI – wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nur gerafft – auf einige ausgewählte Aspekte des neuen Verordnungsentwurfs hin, die bei einer Überarbeitung Berücksichtigung finden sollten, wenn das Ziel einer grundsätzlichen Neukonzeption in diesem Stadium nicht mehr erreichbar sein sollte:

### 1. Zu Art. 2 des Entwurfs (Sachlicher Geltungsbereich): verfehlte Ausdehnung des Geltungsbereichs auch auf Behörden und öffentliche Einrichtungen

#### a) Regelungsvorschlag:

Art. 2 sollte um folgenden Absatz 4 ergänzt werden: "*Diese Verordnung findet keine Anwendung auf Behörden und öffentliche Einrichtungen*".

#### b) Begründung:

Es ist zu begrüßen, dass durch das Regelungsinstrument einer Verordnung eine unionsweite Vereinheitlichung des Datenschutzes im Bereich der Wirtschaft erreicht werden soll. Dies kann den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr bedeutend erleichtern. Die Ausdehnung des Geltungsbereichs der Verordnung auch auf Behörden und öffentliche Einrichtungen ist jedoch in mehrfacher Hinsicht verfehlt:

- Diese Ausdehnung widerspricht der Intention der Verordnung, die ganz wesentlich wirtschaftspolitischer Natur ist und die das Vertrauen von Verbrauchern in Online-Einkäufe und neue Dienste stärken soll (so Ziffer 1 Mitte der Begründung zur Verordnung). Die Einbeziehung von Behörden und öffentlichen Einrichtungen ist ohne jede Relevanz für die Erreichung dieses Ziels.
- Diese Ausdehnung widerspricht dem Subsidiaritätsprinzip (siehe Art. 5 Absatz 3 AEUV) und dürfte deshalb zu entsprechendem Widerstand führen, der die Beratungen der Verordnung erheblich zeitlich verzögern wird. Die im Entwurf (siehe Ziffer 1 der Begründung) herangezogene Rechtsgrundlage des Artikels 16 Abs. 2 AEUV trägt vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips nicht für den Erlass einer Verordnung, die auch den Bereich der Behörden und öffentlichen Einrichtungen einbezieht.
- Diese Ausdehnung würde dazu führen, dass für Daten in Dateien einerseits und Daten in Akten andererseits Regelungen völlig unterschiedlichen Detaillierungsgrades vorhanden wären. Das wäre den Betroffenen nicht zu vermitteln.

Die Verordnung soll den Bereich der Akten nicht erfassen, sondern sich auf den Bereich der Dateien beschränken (siehe Art. 2 Abs. 1). Akten sind jedoch bei Behörden und öffentlichen Einrichtungen auch heute noch von großer Bedeutung – weit mehr als in Wirtschaftsunternehmen.

Der vorgesehene sachliche Anwendungsbereich der Verordnung würde dazu führen, dass die im Bereich der Behörden und öffentlichen Einrichtungen besonders zahlreichen bereichsspezifischen Vorschriften (etwa die Regelungen des Sozialgesetzbuchs!) aufzuheben wären, soweit sie Dateien betreffen. Soweit sie dagegen Akten betreffen, könnten und müssten sie fortbestehen. Detaillierten (und im Wesentlichen bewährten!) nationalen Regelungen für Daten in Akten würden dann bis auf weiteres rudimentäre und pauschale Regelungen für Daten in Dateien gegenüberstehen.

**2. Zur Befugnis der Kommission, delegierte Rechtsakte nach Maßgabe des Artikels 86 zu erlassen (in Artt. 1-21 vorgesehen, insbes. in Artikel 6 Abs. 5, Art. 9 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 5; siehe auch die strukturell ähnliche Befugnis zur Durchführung von Rechtsakten im Verfahren gemäß Art. 87 Abs. 2, vorgesehen etwa in Art. 8 Abs. 4, Art. 12 Abs. 6, Art. 14 Abs. 8, Art. 15 Abs. 4, Art. 18 Abs. 3)**

a) Regelungsvorschlag:

An allen Stellen, an denen eine Befugnis der Kommission zum Erlass delegierte Rechtsakte vorgesehen ist, sollte der Verordnungsentwurf um diejenigen Grundsätze ergänzt werden, die bei dem Erlass des jeweiligen delegierten Rechtsakts zu beachten sind.

b) Begründung:

Der Verordnungsentwurf leidet insgesamt daran, dass er einerseits alle Bereiche des Datenschutzes erfassen und mit unmittelbarer Geltung prägen will, andererseits auf zahlreiche Fragen keine konkreten Antworten enthält. Als Beispiel hierfür kann etwa die fehlende Regelung der Videoüberwachung gelten. Das Ausmaß der Rechtsprechung zu diesem Bereich zeigt, dass er enorme praktische Bedeutung hat und einer speziellen Regelung bedarf.

Diese Defizite lassen sich nicht dadurch ausgleichen, dass die Kommission irgendwann die von Anfang an unmittelbar geltenden Regelungen der Verordnung durch delegierte Rechtsakte entsprechend ergänzt. Dies widerspricht nicht nur dem Wesentlichkeitsgrundsatz des Art. 92 Abs. 1 UA 2 Satz 2 AEUV. Vielmehr wird dies - da der Erlass entsprechender Rechtsakte erheblich Zeit in Anspruch nehmen wird - über längere Zeit zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit führen. Das konterkariert auch die wirtschaftspolitische Zielsetzung des Verordnungsentwurfs.

**3. Zu Art. 4 Abs. 8 und zu Art. 7 des Entwurfs (Einwilligung)**

a) Regelungsvorschlag Nr. 1:

Es sollte festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen vor allem im Online-Bereich konkludente Handlungen als "explizite Willensbekundung" im Sinn von Art. 4 Abs. 8 des Entwurfs anzusehen sind.

b) Begründung:

Die jetzt vorgesehene Notwendigkeit einer "expliziten Willensbekundung" im Rahmen einer Einwilligung hat ohne Zweifel den Vorzug großer Klarheit. Andererseits liegt in dieser Einschränkung eine erhebliche Erschwernis für das Einholen einer Einwilligung gerade im Online-Bereich. Wenn etwa auf die Kostenpflichtigkeit eines bestimmten Dienstes klar und eindeutig hingewiesen worden ist, dann muss es als Einwilligung gelten, wenn dieser Dienst in Anspruch genommen wird. Nach der jetzt vorgesehenen Regelung dürfte das nicht der Fall sein.

c) Regelungsvorschlag Nr.2:

Es sollte definiert werden, wann ein "erhebliches Ungleichgewicht" im Sinn von Art. 7 Abs. 4 vorliegt, das dazu führt, dass eine Einwilligung keine Rechtsgrundlage für eine Verarbeitung darstellen kann; zudem / zumindest sollte definiert werden, auf was sich das „erhebliche Ungleichgewicht“ beziehen muss.

Ferner sollte festgelegt werden, dass im Rahmen der Durchführung eines Beschäftigungsverhältnisses (nicht bei seiner Begründung) Einwilligungen wirksam erteilt werden können.

## d) Begründung:

- Der jetzt vorliegende Regelungsvorschlag vermeidet im Gegensatz zu dem in Entwurf Nummer 56 (englische Version) noch enthaltenen Vorschlag jeglichen Bezug auf Beschäftigungsverhältnisse. Dennoch wird die Regelung in erster Linie auf Beschäftigungsverhältnisse bezogen werden.

Die Praxis zeigt, dass bei der Durchführung von Beschäftigungsverhältnissen die Nutzung von Einwilligungen teils unabdingbar ist. Das gilt für völlig alltägliche Situationen, die den Beschäftigten nicht unzumutbar belasten. Ein Beispiel bildet etwa das Einholen einer Einwilligung dazu, dass das eigene Bild auf die Homepage des Unternehmens gestellt wird (siehe dazu § 22 Kunsturheberrechtsgesetz). Die jetzige Fassung des Entwurfs würde dazu führen, dass solche Einwilligungen nicht mehr eingeholt werden können. Dies hätte die Folge, dass es Fotos von Mitarbeitern auf Unternehmens-Homepages nicht mehr geben dürfte, weil das geltende nationale Recht dies zwingend nur auf der Basis einer Einwilligung zulässt.

- Aber auch im privatwirtschaftlichen Bereich bei Kundenbeziehungen würde die derzeitige Regelung zu erheblichen Unsicherheiten führen:

Denn in vielen Kundenbeziehungen haben die Kunden, gerade Verbraucher, gegenüber dem Daten verarbeitenden Unternehmen keine Möglichkeit, in Vertragsverhandlungen die vertraglichen Bestimmungen im Detail auszuverhandeln. Dies ist oft auch weder gewollt noch wäre es – gerade im Massengeschäft des Internetgeschäfts - sinnvoll, entspricht in vielen Fällen vielmehr dem normalen und akzeptierten Wirtschaftsleben. Nach der jetzigen Formulierung des Entwurfs müsste aber wohl davon ausgegangen werden, dass zumindest was die Möglichkeit der ernsthaften Vertragsverhandlung angeht, in all diesen Fällen ein „wesentliches Ungleichgewicht“ vorliegt. Damit liefe der Verordnungsentwurf Gefahr, zur Unwirksamkeit von Einwilligungen in der überwiegenden Anzahl von Rechtsgeschäften des täglichen Lebens zu führen bzw. deren Wirksamkeit zumindest fraglich werden zu lassen (was aus Sicht des Wirtschaftsverkehrs ebenso inakzeptabel wäre).

Da jede Einwilligung ohnehin freiwillig erteilt werden muss, hat ein Kunde jedenfalls die Möglichkeit, seine Einwilligung explizit zu verweigern. Es stellt sich daher die Frage, ob neben dem (bewährten) Kriterium der Freiwilligkeit ein weiteres Kriterium nötig ist, das zudem mit einem unbestimmten Rechtsbegriff arbeitet.

Da im Entwurf die Rolle der Einwilligung (sinnvollerweise) gestärkt wird, sollte darauf geachtet werden, deren Erteilung möglichst einfach und (rechts-) sicher zu gestalten.

#### 4. Zu Art. 15 des Entwurfs (Auskunftsrecht)

## a) Regelungsvorschlag Nr. 1:

Die Regelung sollte um eine Ausnahme für den Fall ergänzt werden, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützt werden müssen.

## b) Begründung:

Die Regelung sollte einem Unternehmen nicht ermöglichen, unter Rückgriff auf die Verordnung Informationen über Konkurrenzunternehmen gewinnen zu können.

## c) Regelungsvorschlag Nr.2:

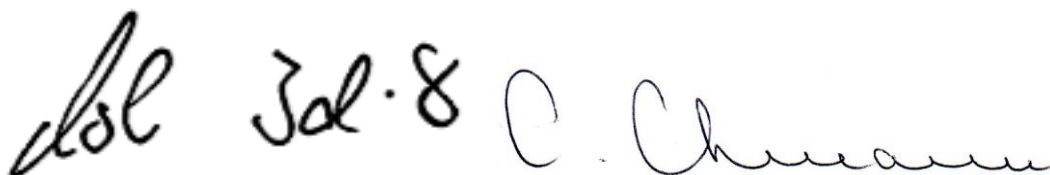
Die Regelung sollte um eine Sondervorschrift für Auskünfte über Score-Werte ergänzt werden.

## d) Begründung:

Score-Werte sind in der Kreditwirtschaft, aber auch bei Mobilfunkanbietern und anderen Unternehmen von größter praktischer Bedeutung. Es führt daher zu vermeidbarer Rechtsunsicherheit, wenn Art. 15 nichts konkret dazu sagt, unter welchen Voraussetzungen eine Auskunft über Score-Werte gefordert werden kann.

Die ergänzende Rechtssetzungsbefugnis der Kommission in Abs. 4 der Vorschrift ist nicht ausreichend: Zum einen bestehen Zweifel, ob die Bestimmung zu einer solch speziellen Regelung ermächtigt. Zum anderen ist Abs. 4 nicht zu entnehmen, welche Grundsätze insoweit zu berücksichtigen wären.

Für Rückfragen und Ergänzungen steht Ihnen die DGRI gerne zur Verfügung.

The image shows two handwritten signatures in black ink. The first signature on the left is 'A. Brandi-Dohrn' and the second signature on the right is 'E. Ehmann'. Both are written in a cursive, flowing style.

Dr. Anselm Brandi-Dohrn  
Vorsitzender der DGRI e.V.

Dr. Eugen Ehmann  
Co-Leiter Fachausschuss Datenschutz

Dr. Robert Selk  
Co-Leiter Fachausschuss Datenschutz  
(an der Unterschrift gehindert)

**Anlage**