



EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR

Stellungnahme 4/2017

zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte



14. März 2017

Der Europäische Datenschutzbeauftragte (EDSB) ist eine unabhängige Einrichtung der EU und hat nach Artikel 41 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 „im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten (...) sicherzustellen, dass die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen, insbesondere ihr Recht auf Privatsphäre, von den Organen und Einrichtungen der Gemeinschaft geachtet werden“; er ist „für die Beratung der Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und der betroffenen Personen in allen die Verarbeitung personenbezogener Daten betreffenden Angelegenheiten“ zuständig. Gemäß Artikel 28 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 ist die Kommission zur Konsultation des EDSB verpflichtet, „wenn [sie] einen Vorschlag für Rechtsvorschriften bezüglich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten annimmt“.

Er wurde zusammen mit dem Stellvertretenden Datenschutzbeauftragten im Dezember 2014 ernannt und spezifisch mit einem konstruktiveren und proaktiveren Vorgehen beauftragt. In seiner im März 2015 veröffentlichten Fünf-Jahres-Strategie legt der EDSB dar, wie er diesen Auftrag auf verantwortungsvolle Weise zu erfüllen gedenkt.

In dieser Stellungnahme geht es um den Auftrag des EDSB, die EU-Organe bezüglich der Datenschutzauswirkungen ihrer Politiken zu beraten und eine verantwortliche Politikgestaltung zu fördern, im Einklang mit Maßnahme 9 der Strategie des EDSB: „Förderung einer verantwortungsvollen und fundierten politischen Entscheidungsfindung“. Nach Auffassung des EDSB spielt die Erfüllung der Datenschutzauflagen eine zentrale Rolle für den Erfolg des EU-Verbraucherschutzrechts im digitalen Binnenmarkt.

Zusammenfassung

Der EDSB räumt ein, dass die datengestützte Wirtschaft für das Wachstum in der EU wichtig ist und dass sie, wie in der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt dargestellt, im digitalen Umfeld eine bedeutende Rolle spielt. Wir haben uns durchweg für Synergien und Komplementarität zwischen Verbraucherschutz- und Datenschutzrecht eingesetzt. Wir unterstützen daher das Ziel des Vorschlags der Kommission vom Dezember 2015 für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, den Schutz der Verbraucher zu stärken, die als Voraussetzung für die Bereitstellung „digitaler Waren“ Daten offenlegen sollen.

Ein Aspekt des Vorschlags ist jedoch problematisch, denn er findet auf Situationen Anwendung, in denen für digitale Inhalte ein Preis entrichtet wird, aber auch auf solche, in denen digitale Inhalte im Austausch gegen eine nicht pekuniäre Gegenleistung in Gestalt personenbezogener oder anderer Daten bereitgestellt werden. Der EDSB warnt vor neuen Bestimmungen, die die Vorstellung suggerieren, dass Menschen mit ihren Daten auf die gleiche Weise bezahlen können, wie sie es mit Geld tun. Grundrechte wie das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten lassen sich nicht einfach auf Verbraucherinteressen reduzieren, und personenbezogene Daten können nicht nur als Ware betrachtet werden.

Der vor kurzem angenommene Datenschutzrahmen (die „DSGVO“) gilt noch nicht in vollem Umfang, und der Vorschlag für neue e-Datenschutz-Rechtsvorschriften ist derzeit noch in der Diskussion. Die EU sollte daher neue Vorschläge vermeiden, die das vom EU-Gesetzgeber sorgfältig ausgehandelte Gleichgewicht in Sachen Datenschutzvorschriften stören. Einander überschneidende Initiativen könnten unbeabsichtigterweise die Kohärenz des digitalen Binnenmarktes gefährden und zu regulatorischer Fragmentierung und zu Rechtsunsicherheit führen. Der EDSB empfiehlt der EU, die DSGVO als das Mittel zur Regulierung der Verwendung personenbezogener Daten in der digitalen Wirtschaft anzuwenden.

Der Begriff „Daten als Gegenleistung“, der im Übrigen im Vorschlag nicht definiert wird, könnte Verwirrung bezüglich der genauen Funktion der Daten in einer bestimmten Transaktion hervorrufen. Der Mangel an klaren diesbezüglichen Informationen von Seiten der Anbieter kann weitere Schwierigkeiten mit sich bringen. Zur Lösung dieses Problems schlagen wir daher vor, die Heranziehung der Definition von Dienstleistungen im AEUV oder der von der DSGVO zur Festlegung ihres räumlichen Geltungsbereichs verwendeten Bestimmung zu erwägen.

Gegenstand dieser Stellungnahme ist die Prüfung mehrerer potenzieller Wechselwirkungen des Vorschlags mit der DSGVO.

Erstens kann die breit angelegte Definition des Begriffs „personenbezogene Daten“ im Datenschutzrecht möglicherweise bewirken, dass alle von der vorgeschlagenen Richtlinie betroffenen Daten gemäß der DSGVO als „personenbezogene Daten“ gelten.

Zweitens wurden die strengen Bedingungen, unter denen eine Verarbeitung stattfinden kann, bereits in der DSGVO festgelegt und bedürfen keiner Änderung und keines Zusatzes durch die vorgeschlagene Richtlinie. Zwar betrachtet der Vorschlag die Verwendung von Daten als Gegenleistung offensichtlich als rechtmäßig, doch enthält die DSGVO beispielsweise eine ganze Reihe neuer Bedingungen, anhand derer die Gültigkeit der Einwilligung geprüft und dann entschieden wird, ob diese im Zusammenhang mit digitalen Transaktionen als ohne jeden Zwang erteilt gelten kann.

Schließlich überschneiden sich möglicherweise die vorgeschlagenen Rechte der Verbraucher, ihre Daten vom Anbieter bei Beendigung des Vertrags wiederzuerlangen, und die Verpflichtung für den Anbieter, die Nutzung von Daten zu unterlassen, mit den Rechten auf Auskunft und Übertragbarkeit und mit der Verpflichtung des Anbieters, die Nutzung der Daten zu unterlassen und den Verpflichtungen des Verantwortlichen nach der DSGVO. Dies könnte unbeabsichtigterweise zu Verwirrung bezüglich der anzuwendenden Regelung führen.

INHALT

1. EINLEITUNG UND HINTERGRUND	7
1.1 DIE KONSULTATION DES EDSB DURCH DEN RAT.....	7
1.2 DER VORSCHLAG.....	7
2. DIE VERWENDUNG PERSONENBEZOGENER DATEN ALS „GEGENLEISTUNG“	9
2.1 PERSONENBEZOGENE DATEN ALS GEGENLEISTUNG UND DAS GRUNDRECHT AUF DATENSCHUTZ.....	9
2.2 ARTIKEL 8 DER CHARTA DER GRUNDRECHTE UND ARTIKEL 16 AEUV.....	10
2.3 DER BEGRIFF DER DATEN ALS „GEGENLEISTUNG“.....	11
2.4 DENKBARE ALTERNATIVEN.....	13
3. NÄHERE ANALYSE DES VORSCHLAGS	15
3.1 ANWENDUNGSBEREICH DES VORSCHLAGS.....	15
a) Die Begriff „personenbezogene Daten“.....	15
b) Die personenbezogenen Daten, die die Anwendung der Richtlinie auslösen.....	15
c) Die Daten, die von der Anwendung der Richtlinie ausgeschlossen sind.....	16
3.2 DIE MÖGLICHE RECHTSGRUNDLAGE FÜR DIE VERARBEITUNG.....	17
a) Überlegungen zu den Gründen für eine Verarbeitung.....	17
b) Die verschiedenen Grundlagen für die Verarbeitung von Daten im Kontext des Vorschlags.....	18
3.3 DER WIDERRUF DER EINWILLIGUNG.....	22
3.4 DAS RECHT AUF AUSKUNFT ÜBER DIE EIGENEN DATEN UND DAS RECHT AUF ÜBERTRAGBARKEIT.....	23
a) Die Rechte auf Widerspruch, auf Löschung und auf Datenübertragbarkeit.....	23
b) Wechselwirkung mit dem Vorschlag.....	24
ENDNOTEN	27

DER EUROPÄISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 16,

gestützt auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 7 und 8,

gestützt auf die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr¹ und auf die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)²,

gestützt auf die Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr³, insbesondere auf Artikel 28 Absatz 2, Artikel 41 Absatz 2 und Artikel 46 Buchstabe d —

1. EINLEITUNG UND HINTERGRUND

1.1 Die Konsultation des EDSB durch den Rat

1. Am 9. Dezember 2015 legte die Europäische Kommission zwei Legislativvorschläge für neue vertragliche Vorschriften für Online-Verkäufe vor. Der Vorschlag für digitale Vertragsvorschriften umfasst Entwürfe für zwei Rechtsakte:

- einen Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte;⁴
- einen Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels.⁵

2. Die beiden Vorschläge müssen als Paket mit gemeinsamen Zielsetzungen betrachtet werden, zu denen insbesondere die Beseitigung der größten Hindernisse für den grenzüberschreitenden Online-Handel in der EU gehört.⁶ Der Vorschlag für eine Richtlinie über Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalt für Verbraucher (nachstehend: „der Vorschlag“) verfolgt konkret die Absicht, ein einziges Regelwerk für Verträge über den Verkauf und die Vermietung digitaler Inhalte sowie für Verträge über digitale Dienste zu schaffen.⁷ Zum Zeitpunkt der Annahme des Vorschlags war der EDSB von der Kommission nicht konsultiert worden.

3. Am 21. November 2016 veröffentlichte der LIBE-Ausschuss eine Stellungnahme zum Vorschlag.⁸ Am 7. November 2016 veröffentlichten der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO) und der Rechtsausschuss (JURI) des Europäischen Parlaments den Entwurf einer gemeinsamen Stellungnahme zum Vorschlag.⁹

4. Der Rat erörtert den Vorschlag derzeit in der Arbeitsgruppe Zivilrecht (Vertragsrecht). Vor diesem Hintergrund beschloss der Rat am 10. Januar 2017, den EDSB zu dem Vorschlag zu konsultieren. Der EDSB begrüßt die Initiative des Rates, den EDSB zu diesem wichtigen Rechtsakt zu konsultieren, der viele Fragen im Hinblick auf das Unionsrecht für den Schutz personenbezogener Daten aufwirft. Die vorliegende Stellungnahme ist die Antwort des EDSB auf das Ersuchen des Rates.

1.2 Der Vorschlag

5. Derzeit ist die Bereitstellung digitaler Inhalte auf EU-Ebene jeweils teilweise in der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher¹⁰, in der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsbedingungen¹¹ und in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr¹² geregelt. Die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf findet keine Anwendung, da dort die Definition des Begriffs „Verbrauchsgüter“ nur „bewegliche körperliche Gegenstände“ abdeckt.

6. Mehrere Mitgliedstaaten haben bereits spezifische Vorschriften für digitale Inhalte erlassen und damit für unterschiedliche Anwendungsbereiche und Inhalte in den einzelstaatlichen Vorschriften über diese Verträge gesorgt.¹³ Intention des Vorschlags ist es daher, im Hinblick auf digitale Inhalte einen harmonisierten Schutz für die Verbraucher herbeizuführen. In diesem Zusammenhang strebt der Vorschlag ein Höchstmaß an Harmonisierung an.

7. Der Anwendungsbereich des Vorschlags deckt nicht nur digitale Waren (wie Filme oder Musik, Computerprogramme, mobile Anwendungen, eBooks) ab, sondern auch digitale Dienste (wie Plattformen sozialer Medien und Cloud Computing-Dienste). Damit ein digitaler Vertrag in den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Richtlinie fällt, muss er entweder vorsehen, dass der Verbraucher einen Preis bezahlt, oder muss der Verbraucher „aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringen“.¹⁴

8. Der Vorschlag führt eine „Hierarchie von Abhilfen“ für den Fall ein, dass der vom Verkäufer bereitgestellte digitale Inhalt bzw. die bereitgestellte digitale Dienstleistung vertragswidrig ist, und er sieht für den Verbraucher das Recht vor, bei Beendigung des Vertrags die Daten „in einem allgemein gebräuchlichen Datenformat“ wiederzuerlangen.¹⁵ Ferner verpflichtet der Vorschlag Anbieter dazu, nach Beendigung des Vertrags die Nutzung der als Gegenleistung bereitgestellten Daten zu unterlassen.¹⁶

9. Der Vorschlag wendet das Konzept der personenbezogenen Daten auf drei Situationen an:

- die Nutzung von Daten (einschließlich personenbezogener Daten) als „andere Gegenleistung als Geld“;¹⁷
- eine Erwähnung von Daten, die „für die Erfüllung des Vertrags unbedingt erforderlich“ sind;¹⁸
- eine Erwähnung von „sonstigen Daten, die durch die Nutzung der digitalen Inhalte durch den Verbraucher hergestellt oder erzeugt worden sind“.¹⁹

10. Die Tatsache, dass das Konzept „personenbezogene Daten“ verwendet wird, führt möglicherweise zu Interaktionen zwischen dem Vorschlag und den Datenschutzvorschriften, wie sie unter anderem in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG²⁰ und der DSGVO²¹ niedergelegt sind. Ferner besagt der Vorschlag, dass der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von der Richtlinie unberührt bleiben soll.²² Diese Stellungnahme wird sich daher mit dem Zusammenspiel zwischen dem Vorschlag und dem derzeitigen und dem künftigen EU-Datenschutzregelwerk befassen.²³

2. DIE VERWENDUNG PERSONENBEZOGENER DATEN ALS „GEGENLEISTUNG“

11. Die vorgeschlagene Richtlinie soll gelten für „alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet“ und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt, aber auch, wenn „der Verbraucher aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt“.

12. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist so festgelegt, dass auch vordergründig „kostenlose“ Verträge in den Genuss bestimmter Schutzmaßnahmen der vorgeschlagenen Richtlinie kommen. Dienste, die allgemein als „kostenlos“ gelten, basieren in der Regel auf einem Geschäftsmodell, bei dem personenbezogene Daten von den Anbietern erhoben werden, um dann mit den verarbeiteten Daten Werte zu schaffen.

13. Der EDSB erkennt die Bedeutung der digitalen Wirtschaft in der Union und den Wert der Daten im digitalen Umfeld an.²⁴ Daher begrüßt der EDSB die Initiativen der Kommission im Hinblick auf die Nutzung (personenbezogener und nicht personenbezogener) Daten und auf die Förderung der datengestützten Wirtschaft. Der neue, ab dem 25. Mai 2018 anzuwendende Datenschutzrahmen wurde gestaltet, um den Möglichkeiten und Herausforderungen der Verwendung von Daten in solch einem Kontext gerecht zu werden. Vor diesem Hintergrund besteht die Aufgabe des EDSB darin, dem Gesetzgeber bei der Entwicklung von Ansätzen für die Regulierung dieses Marktes durch Betrachtung der Auswirkungen zu helfen, die sich für natürliche Personen mit Blick auf ihr Grundrecht auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten ergeben.

14. Der EDSB begrüßt die Absicht des Gesetzgebers, dafür zu sorgen, dass der Verbraucher bei so genannten „kostenlosen Diensten“ den gleichen Schutz genießt, als wenn er für einen Dienst oder Inhalt keinen Preis bezahlt. Allerdings lassen sich personenbezogene Daten nicht mit einem Preis oder mit Geld vergleichen. Personenbezogene Daten stehen in Verbindung mit einem Grundrecht und können nicht als Ware betrachtet werden. Ausgehend von dieser Annahme sollen in den folgenden Abschnitten die Gründe dargelegt werden, aus denen der EDSB empfiehlt, in dem Vorschlag die Verwendung des Begriffs „Daten als Gegenleistung“ zu vermeiden, und sollen Alternativen zur Verwendung dieses Begriffs vorgestellt werden.

2.1 Personenbezogene Daten als Gegenleistung und das Grundrecht auf Datenschutz

15. Die Geschäftsmodelle „kostenloser Dienste“ sind vom EDSB bereits in früheren Stellungnahmen behandelt worden.²⁵ Bei vielen digitalen Diensten fördern Unternehmen die Wahrnehmung, sie würden kostenlos bereitgestellt, während in Wirklichkeit natürliche Personen aufgefordert werden, wertvolle Informationen herauszugeben. Anbieter verlangen nämlich die Offenlegung personenbezogener Informationen, häufig ohne Wissen der natürlichen Person, als Voraussetzung für die Bereitstellung des Dienstes. Die Frage, inwieweit Unternehmen in der Lage sind, die erworbenen personenbezogene Datensätze einzusetzen und zu Geld zu machen, ist schon ausführlich erörtert worden.

16. Schon in der Stellungnahme 8/2016 heißt es: *„In der EU können personenbezogene Informationen nicht lediglich als wirtschaftliche Bestandsgrößen betrachtet werden. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte sind bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Garantien vonnöten, um die Wahrung des Rechts des*

*Einzelnen auf Achtung des Privatlebens, Freiheit der Meinungsäußerung und Versammlungsfreiheit zu gewährleisten. Des Weiteren ist das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten in Artikel 8 der EU-Charta und Artikel 16 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ausdrücklich verankert. Infolgedessen beinhaltet die im Jahr 2016 verabschiedete Datenschutz-Grundverordnung spezifische Garantien, die dazu beitragen könnten, Marktungleichgewichte im digitalen Sektor auszugleichen“.*²⁶

17. Es mag wohl einen Markt für personenbezogene Daten geben, so wie es leider auch einen Markt für lebende menschliche Organe gibt, doch bedeutet dies nicht, dass wir diesen Markt mit einem Rechtsinstrument absegnen können oder sollten. Man kann ein Grundrecht nicht zu Geld und zum Gegenstand einer einfachen geschäftlichen Transaktion machen, auch wenn die von den Daten betroffene natürliche Person eine der an der Transaktion beteiligten Parteien ist.²⁷

18. In seinem Bemühen um eine Stärkung des Verbraucherschutzes beim Kauf von Online-Waren **wirft der Vorschlag aufgrund des Grundrechtscharakters dieser Daten und des besonderen Schutzes, den diese Daten durch den Datenschutzrechtsrahmen der EU genießen, eine Reihe von Problemen auf (siehe weiter unten Abschnitt 3).**

2.2 Artikel 8 der Charta der Grundrechte und Artikel 16 AEUV

19. Wie bereits erwähnt, ist das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten in Artikel 8 der Charta der Grundrechte der EU („Charta“) und in Artikel 16 AEUV verankert. Gemäß Artikel 8 Absatz 2 der Charta dürfen Daten nur *„nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken“*.

20. Die in **Artikel 8 der Charta** formulierten Grundsätze werden im Sekundärrecht der EU näher spezifiziert: in der Richtlinie 95/46/EG, an deren Stelle die DSGVO treten wird, und in der e-Datenschutz-Richtlinie (die durch die e-Datenschutz-Verordnung ersetzt werden soll). In diesen Texten sind die Anforderungen an eine gültige Einwilligung festgelegt, finden sich die Kernprinzipien wie der „Grundsatz der Zweckbindung“²⁸ und werden die Rechte betroffener Personen geregelt, wie das Recht auf Auskunft. Mit der Einführung der ausdrücklichen Möglichkeit, personenbezogene Daten als Gegenleistung einzusetzen, und mit der Schaffung einer *ad hoc*-Regelung für die Erteilung von Auskünften an Verbraucher über ihre personenbezogenen Daten **stellt der Vorschlag einen Verstoß gegen Artikel 8 Absatz 2 der Charta und gegen die in der Richtlinie 95/46/EG, der DSGVO und der „e-Datenschutz-Richtlinie“ niedergelegten Grundsätze des Datenschutzes dar.**²⁹

21. Der Vorschlag ist jedoch nicht das geeignete Instrument für die Regelung der Verwendung personenbezogener Daten, denn zu diesem Zweck wurde die DSGVO angenommen; sie legt die neuen Vorschriften für die Verwendung personenbezogener Daten fest, und zwar gestützt auf Artikel 16 AEUV, der ausdrücklich den Datenschutz zum Thema hat. **Der Vorschlag,**

dessen Rechtsgrundlage Artikel 114 AEUV ist, sollte daher nach Möglichkeit Bestimmungen vermeiden, die sich auf den Datenschutzrahmen auswirken.

22. In diesem Zusammenhang weist der EDSB darauf hin, dass zwar die Richtlinie 95/46/EG bereits auf der Grundlage von Artikel 114 AEUV (ex-95 EGV) angenommen wurde, die DSGVO aber auch auf den Binnenmarkt mit dem Ziel verweist, Hindernisse für den freien Datenverkehr innerhalb der Union zu vermeiden.³⁰ In der Debatte über die DSGVO wurden daher Erwägungen zum Binnenmarkt, darunter zum digitalen Umfeld, bereits berücksichtigt.³¹

23. Eines der Ziele der DSGVO bestand darin, Vertrauen zu bilden, das der digitalen Wirtschaft Wachstum im Binnenmarkt erlaubt.³² Schon die DSGVO befasste sich mit den verschiedenen Geschäftsmodellen, die personenbezogene Daten nutzen, so wie die „kostenlosen“ Dienste, die Gegenstand des Vorschlags sind. Absicht der DSGVO ist ferner eine größere Rechtssicherheit für Wirtschaftsteilnehmer und natürliche Personen.³³ Aus diesen Gründen sollte vermieden werden, an den von der DSGVO erreichten Ergebnissen etwas zu ändern, um die politischen Entscheidungen bezüglich der Nutzung personenbezogener Daten im digitalen Markt zu erhalten. Die DSGVO ist zwar erst ab dem 25. Mai 2018 anzuwenden, doch sollte jede Bestimmung, die sich direkt oder indirekt auf die Nutzung personenbezogener Daten auswirkt, vermieden werden. Derartige Initiativen können zu Rechtsunsicherheit führen und die Kohärenz des für die digitale Wirtschaft geltenden Rechtsrahmens gefährden und könnten regulatorische Fragmentierung im digitalen Binnenmarkt zur Folge haben. Auch wenn der EDSB feststellt, dass es nicht Absicht des EU-Gesetzgebers ist, die Datenschutzgrundsätze zu beschränken oder sie aufzuweichen³⁴, **sollte der Vorschlag keinesfalls etwas an der in der DSGVO gefundenen Ausgewogenheit bezüglich der Umstände ändern, unter denen im digitalen Markt die Verarbeitung personenbezogener Daten stattfinden darf.**

2.3 Der Begriff der Daten als „Gegenleistung“

24. Der EDSB hegt ernsthafte Zweifel an der Verwendung des Begriffs „Gegenleistung“ im Vorschlag im Zusammenhang mit den Beziehungen zwischen Verbrauchern und Anbietern. In diesem Abschnitt werden mehrere Gründe dafür dargelegt, aus denen der EDSB dringend zur Vorsicht rät, wenn erwogen wird, Daten möglicherweise als Gegenleistung zu verwenden.

25. **Erstens:** Es ist im Vorschlag nicht definiert, was unter einer Gegenleistung zu verstehen ist. Anscheinend stellt der Vorschlag eine Verbindung zum Wert der Information über natürliche Personen her, was sich mit Geld vergleichen ließe. Es lassen sich jedoch mehrere Verwendungen personenbezogener Daten für andere Zwecke als allein die Erfüllung des Vertrags beobachten: So können Daten dazu genutzt werden, die Qualität des Dienstes zu verbessern, den Verbrauchern maßgeschneiderte Dienste bereitzustellen, die Sicherheit zu verbessern, Verbraucherdaten zu verkaufen oder zu nutzen. Um die Verwirrung noch zu steigern, schließt der Vorschlag bestimmte Datenkategorien von seinem Anwendungsbereich aus, so in Situationen, in denen „der Anbieter diese Daten nicht für kommerzielle Zwecke verwendet“.³⁵ Da jedoch der Vorschlag in Zusammenhang mit einer kommerziellen Transaktion zur Anwendung kommt, kann davon ausgegangen werden, dass die Verwendung von Daten durch die Anbieter immer für kommerzielle Zwecke erfolgt. In Anbetracht der

verschiedenen Geschäftsmodelle und der unterschiedlichen Verwendungen personenbezogener Daten im Zusammenhang mit einer kommerziellen Transaktion dürfte die Verwendung des Begriffs „Gegenleistung“ mit Blick auf die fraglichen Geschäftsmodelle kaum angemessen sein und könnte als Versuch erscheinen, mit einem einzigen Begriff stark vereinfachend eine Vielfalt von Geschäftsmodellen und Datenverwendungen zu bezeichnen.

26. **Zweitens:** Die vom Vorschlag hergestellte Verknüpfung zwischen dem Entrichten eines Preises mit Geld und der aktiven Überlassung von Daten als Gegenleistung ist irreführend. Denn der Verbraucher weiß sehr wohl, was er gibt, wenn er mit Geld bezahlt, doch lässt sich dies von Daten nicht behaupten. Standardvertragsklauseln und Datenschutzbestimmungen erleichtern dem Verbraucher nicht unbedingt die Beantwortung der Frage, was genau mit den über ihn erhobenen Daten geschieht. In diesem Zusammenhang ist schon darüber diskutiert worden, ob nicht von den Organisationen verlangt werden sollte, nähere Auskünfte über ihre Entscheidungsfindung in Datenverarbeitungsvorgängen zu geben³⁶, beispielsweise betreffend ihre Absicht, mit den Daten Wert zu schaffen. Es zeigt sich immer wieder, dass Datenschutzbestimmungen häufig vage und elastische Begriffe für die Beschreibung der Verwendung der erhobenen Daten einsetzen, etwa „Verbesserung der Erfahrung der Verbraucher“.³⁷ Im Rahmen mehrere nationaler Untersuchungen zu sozialen Medien und anderen Online-Diensten wurden Fragen im Zusammenhang mit der Transparenz und Fairness der Geschäftsbedingungen einiger Online-Dienste aufgeworfen.³⁸

27. **Drittens:** Es sei daran erinnert, dass sich personenbezogene Daten zwar in gewissem Maße mit Geld vergleichen lassen, dass sie aber natürlich nicht dasselbe sind. Überlässt eine natürliche Person ihre Daten einem Anbieter, beraubt sie das nicht der Möglichkeit, die gleichen Daten noch einem anderen Anbieter zu überlassen. Wie bereits gesagt, können natürliche Personen darüber hinaus gar nicht den Wert ermesen, der mit ihren Daten geschaffen wird. Auch für die Anbieter sind die Konsequenzen unterschiedlich: Besteht eine Rückabwicklungsverpflichtung³⁹, ist die Rückabwicklung einfach, sobald ein Preis entrichtet wurde, wohingegen sie schwieriger ist, wenn Daten ausgetauscht wurden. Es besteht nur eine geringe Möglichkeit, den Wert personenbezogener Daten zu beziffern und dann der natürlichen Person auf der Grundlage des Werts der Daten eine „Erstattung“ zu gewähren oder sie gar für den vom Anbieter im Zuge der Transaktion gewonnenen Wert zu entschädigen.

28. Dem Gesagten ist zu entnehmen, dass es schwierig und mitunter unmöglich sein dürfte, leicht die Fälle zu identifizieren, in denen personenbezogene Daten aktiv als Gegenleistung für die Bereitstellung eines „kostenlosen“ digitalen Dienstes oder Inhalts bereitgestellt werden, was ja das Element ist, das die Anwendung der Richtlinie für „kostenlose“ Dienste auslöst. Es wird somit auch für den Verbraucher, die Regulierungsbehörden, die Richter und sogar die Anbieter schwierig zu entscheiden sein, wann diese Richtlinie anzuwenden ist, was wiederum zu Rechtsunsicherheit führt. Zwar strebt der Vorschlag den Schutz von Verbrauchern an, doch legitimiert er eher eine Praxis, ohne dabei der besonderen Natur personenbezogener Daten Rechnung zu tragen. Auf diese Weise könnte er das in der DSGVO gefundene Gleichgewicht stören (siehe weiter oben Abschnitt 2.1). Aus diesen Gründen **ist der EDSB der Auffassung, dass der Begriff „Daten als Gegenleistung“ vermieden werden sollte.**

2.4 Denkbare Alternativen

29. Der EDSB bekräftigt seine positive Reaktion auf die Absicht der Kommission, Verbraucher sogar dann zu schützen, wenn sie für einen erhaltenen digitalen Dienst keinen Preis gezahlt haben. Wie jedoch bereits erläutert, **sollte aus den vorstehend aufgeführten Gründen vermieden werden, personenbezogene Daten wie jede andere Ware zu behandeln**. Sollte die Absicht des Gesetzgebers darin bestehen, sicherzustellen, dass Wirtschaftsteilnehmer, die kostenlose digitale Waren im Austausch gegen personenbezogene Daten anbieten, in den Anwendungsbereich des Vorschlags fallen, könnte man noch andere Wege erkunden, mit denen sich Implikationen der Verwendung von Daten als Gegenleistung vermeiden lassen. Mit diesen Anregungen möchte der EDSB keinesfalls das Konzept der EU im Bereich des Vertragsrechts in Frage stellen oder irgendwelche Schlussfolgerungen bezüglich ihrer Vereinbarkeit mit dem Verbraucherschutzrecht ziehen.

30. Zunächst einmal anerkennt das EU-Recht eine breit gefasste Definition von „Dienstleistung“, denn Artikel 57 AEUV besagt: „Dienstleistungen im Sinne der Verträge sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden“.⁴⁰ Auch der EuGH vertritt die Ansicht, dass das Entgelt nicht immer vom Verbraucher zu entrichten ist.⁴¹ Dieser Ansatz wurde auch in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr angewandt⁴² (die zu ergänzen der Vorschlag ausdrücklich anstrebt⁴³), aber auch in dem kürzlich vorgelegten Vorschlag für eine Neufassung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation („EECC“)⁴⁴. **Es kann daher als Alternative die Verwendung dieses Begriffs „Dienstleistungen“ vorgeschlagen werden, der auch Dienstleistungen umfasst, für die kein Entgelt gezahlt wurde**; auf diese Weise könnte der umfassende Schutz aufrechterhalten werden, den die Kommission den Verbrauchern bieten möchte.

31. Einige Situationen sollen vom Anwendungsbereich des Vorschlags ausgenommen sein, wie z. B. Fälle, in denen der Verbraucher ausschließlich zwecks Erlangung des Zugangs zu digitalen Inhalten Werbung ausgesetzt ist.⁴⁵ Sollte der Gesetzgeber weiterhin bestimmte Geschäftsmodelle von der im Vorschlag vorgesehenen Regelung ausnehmen wollen (auch wenn die Absicht zu bestehen scheint, den Verbrauchern einen möglichst umfangreichen Schutz zu bieten), sollte es möglich sein, im Vorschlag eine Liste von Diensten aufzuführen, die vom Anwendungsbereich des Vorschlags ausgeschlossen sind.

32. Bei einer **zweiten Option** geht es um die Bestimmung, in der der räumliche Anwendungsbereich der DSGVO festgelegt ist. Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a DSGVO sieht nämlich vor, dass die DSGVO Anwendung findet auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht, *„betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist“*. Die Anwendung der DSGVO wird damit nicht von der Existenz irgendeiner Zahlung von Gegenleistungen welcher Art auch immer abhängig gemacht, da schon das alleinige Anbieten von Waren und Dienstleistungen das Element ist, das die Anwendbarkeit der DSGVO auslöst.

33. **Die Verwendung der Definition von Dienstleistungen könnte daher, wie auch in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, eine Alternative für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Vorschlags sein und die Dienste umfassen, für die kein Preis zu zahlen ist, die aber in der Regel gegen Entgelt bereitgestellt werden.**

Damit hätte der Gesetzgeber noch immer die Möglichkeit, bestimmte Kategorien digitaler Inhalte vom Anwendungsbereich auszuschließen.

34. Eine weitere Alternative wäre, dass der Vorschlag zur Festlegung seines Anwendungsbereichs ähnliche Formulierungen wie die DSGVO (betreffend das Anbieten von Waren und Dienstleistungen unabhängig davon, ob eine Zahlung zu leisten ist) verwendet, jedoch nicht von Daten spricht, die als Gegenleistung verwendet werden.

3. NÄHERE ANALYSE DES VORSCHLAGS

35. In diesem Abschnitt soll der Vorschlag aus dem Blickwinkel des Datenschutzes näher geprüft werden, um die Wechselwirkungen zwischen Vorschlag und Datenschutzrecht zu erläutern, und damit diese Analyse auch in Zukunft Bestand haben wird, wird in der Analyse vorwiegend auf die DSGVO Bezug genommen, die ab dem 25. Mai 2018 gelten wird.

3.1 Anwendungsbereich des Vorschlags

a) Die Begriff „personenbezogene Daten“

36. Gemäß Artikel 4 Absatz 1 DSGVO bezeichnet der Ausdruck „personenbezogene Daten“ *alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere durch Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.*

37. Diese Definition weist große Ähnlichkeit mit der in der Richtlinie 95/46/EG auf und ist in einer Stellungnahme der Artikel 29-Datenschutzgruppe ausführlich erörtert worden.⁴⁶ Der Begriff „personenbezogene Daten“ ist sehr weit gefasst und umfasst alle Informationen, die mit einer natürlichen Person verknüpft werden können. Gemäß Artikel 3 Absatz 1 des Vorschlags gilt die Richtlinie für alle Verträge, auf deren Grundlage der Verbraucher (...) einen Preis zahlt oder „*aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt.*“ **In Anbetracht der sehr weiten Definition personenbezogener Daten ist es wahrscheinlich, dass praktisch alle von dem Verbraucher dem Anbieter des digitalen Inhalts bereitgestellten Daten als personenbezogene Daten zu betrachten sind.**⁴⁷ Der gleiche Schluss gilt auch für die Anwendung von Artikel 13 des Vorschlags über die Beendigung der Verarbeitung von Daten und die Verpflichtung zur Rückgabe der Daten.⁴⁸ Diese Frage ist weiter unten Gegenstand von Abschnitt 3.4.

b) Die personenbezogenen Daten, die die Anwendung der Richtlinie auslösen

38. Der Vorschlag spricht davon, dass Diskriminierung zwischen Geschäftsmodellen zu vermeiden ist, in denen der Verbraucher einen Preis zahlt, und Geschäftsmodellen, in denen eine Gegenleistung in anderer Form erfolgt, wie mit personenbezogenen Daten.⁴⁹ **Dessen ungeachtet merkt der EDSB an, dass der Vorschlag auf bestimmte Situationen keine Anwendung finden wird, selbst wenn personenbezogene Daten als Gegenleistung verwendet werden.** Damit die vorgeschlagene Richtlinie Anwendung findet, müssen nämlich die personenbezogenen Daten dem Anbieter *aktiv* bereitgestellt worden sein.⁵⁰ Nach Auffassung des EDSB widerspricht dieser Begriff dem Datenschutzrecht.

39. Auf diese Weise **schafft die Richtlinie erstens einen Unterschied zwischen personenbezogenen Daten, die aktiv bereitgestellt wurden und solchen, die nicht aktiv bereitgestellt wurden, einen Unterschied, den es im Datenschutzrecht nicht gibt.** Für Daten, die von der die Daten verarbeitenden Organisation wissentlich erhoben wurden, und für

Daten, die aktiv von der natürlichen Person bereitgestellt wurden, gilt der gleiche Schutz. Natürliche Personen sollte sogar gerade gegen jede unsichtbare Verarbeitung von Daten noch besser geschützt werden, vor allem im Online-Umfeld, wo sich die Verbraucher einer solchen Verarbeitung ihrer Daten nicht immer bewusst sind.⁵¹ Solche Daten werden jedoch auf jeden Fall als personenbezogene Daten betrachtet und sind daher von dem Datenschutz durch EU-Rechtsvorschriften nicht ausgeschlossen.

40. Eine Erwähnung des Begriffs „bereitgestellte Daten“ ist in Artikel 20 Absatz 1 DSGVO zu finden, in dem das Recht auf Datenübertragbarkeit geregelt ist. Hierzu hat die Artikel 29-Datenschutzgruppe ein Konsultationsdokument herausgegeben.⁵² Es zeigt sich, dass der Begriff „bereitgestellt“ von der Artikel 29-Datenschutzgruppe folgendermaßen sehr weit ausgelegt wird:

- *Von der betroffenen Person aktiv und wissentlich bereitgestellte Daten fallen in den Anwendungsbereich des Rechts auf Datenübertragbarkeit (beispielsweise Mail-Adresse, Nutzernamen, Alter usw.);*
- *beobachtete Daten werden von der betroffenen Person durch die Nutzung des Dienstes oder des Geräts „bereitgestellt“. Zu ihnen können beispielsweise der Suchverlauf, die Verbindungs- und Standortdaten einer Person gehören. Sie können aber auch andere Rohdaten wie den von Fitness- oder Gesundheitstrackern aufgezeichneten Herzschlag umfassen.*

41. **Werden personenbezogene Daten von dem Verbraucher nicht aktiv bereitgestellt, kann zweitens der Anbieter diese Daten noch immer für die gleichen Zwecke verwenden wie die vom Verbraucher aktiv bereitgestellten Daten.** Da die Anwendung des Vorschlags nur ausgelöst wird, wenn die Daten aktiv bereitgestellt werden, gilt die Richtlinie nicht für andere Anbieter, die Daten direkt bei den Verbrauchern und ohne deren Zustimmung erheben. Als nachteilig könnte sich auch erweisen, dass manche Anbieter nicht die direkte Bereitstellung der Daten verlangen werden, sondern einfach die gleichen, von den Verbrauchern passiv bereitgestellten Daten erheben und verarbeiten, um nicht der Richtlinie unterworfen zu sein.

42. Durch den Ausschluss einiger Kategorien von Daten, die nicht zu den (aktiv) bereitgestellten gehören, steht der Vorschlag **drittens** im Widerspruch zu den Vorschriften in der e-Datenschutz-Richtlinie⁵³ und zum Vorschlag für eine e-Datenschutz-Verordnung⁵⁴, denen zufolge diese Daten in mehreren Fällen nur nach einer Einwilligung des Nutzers, also aktiv erlangt werden sollten.

43. **Aus diesen Gründen empfiehlt der EDSB, nach Möglichkeit nicht von Daten zu sprechen, die vom Verbraucher (aktiv) bereitgestellt wurden, da dies gegen (bestehende und künftige) Datenschutzvorschriften verstößt.**

c) Die Daten, die von der Anwendung der Richtlinie ausgeschlossen sind

44. In der Absicht, dafür zu sorgen, dass sie nicht als Daten gelten, die als Gegenleistung bereitgestellt wurden, schließt Artikel 3 Absatz 4 des Vorschlags die Daten aus, die „für die Erfüllung des Vertrags unbedingt erforderlich“ sind, oder um rechtlichen Anforderungen zu entsprechen, sofern nicht die Daten in einer „mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden“ Weise oder für „kommerzielle Zwecke“ verarbeitet werden. Dieser Absatz mutet wie eine Umschreibung der Definition des Begriffs „Daten, die als Gegenleistung bereitgestellt werden“ an, denn er begründet die Annahme, dass Daten, die für andere Zwecke als die Erfüllung des Vertrags oder um sicherzustellen, dass die digitalen Inhalte vertragskonform sind oder den

rechtlichen Anforderungen entsprechen, Daten sind, die als Gegenleistung verwendet werden. Dieser Artikel 3 Absatz 4 veranlasst uns zu einigen Bemerkungen.

45. Erstens gilt nach Artikel 8 der Charta und Artikel 5 DSGVO⁵⁵, dass Daten „für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden dürfen“. Dies ist der so genannte „**Grundsatz der Zweckbindung**“ (siehe weiter unten Abschnitt 3.2.a). Die Voraussetzungen dafür, dass eine Weiterverwendung als vereinbar gelten kann, sind von der Artikel 29-Datenschutzgruppe⁵⁶ analysiert und in der DSGVO⁵⁷ spezifiziert worden. Jede nicht zu vereinbarende weitere Verwendung von Daten ist daher nicht erlaubt, sofern diese weitere Verwendung „nicht auf der Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer Rechtsvorschrift der Union oder der Mitgliedstaaten beruht, die in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Artikel 23 Absatz 1“ der DSGVO „genannten Ziele darstellt“. Artikel 3 Absatz 4 des Vorschlags spricht von einer Verwendung von Daten, die mit Ausnahme der vorstehend erwähnten Bedingungen nach den Grundsätzen des Datenschutzes grundsätzlich verboten ist. **Aus diesen Gründen sollte im Vorschlag klargestellt werden, dass er die Vorschriften über Weiterverarbeitung und die Bedingungen, unter denen nach der DSGVO eine Weiterverwendung als vereinbar gilt, nicht berührt.**

46. Wie bereits festgestellt, umfasst **zweitens** die Verwendung von Daten für kommerzielle Zwecke, wie es im Vorschlag heißt, eine ganze Palette von Verwendungen im Zusammenhang mit einem Vertrag zwischen einem Anbieter und einem Verbraucher, da die Verarbeitung von Daten vermutlich immer als für kommerzielle Zwecke eingestuft wird. Aus diesem Grund ist die Definition von „kommerziellen Zwecken“ zu vage und sollte im Vorschlag näher spezifiziert werden.

47. **Drittens** verweist der EDSB darauf, dass die rechtmäßigen Gründe, die eine Verarbeitung von Daten zulassen, in der Richtlinie 94/46/EG und in der DSGVO erschöpfend aufgelistet sind. Im Umkehrschluss könnte man zu Artikel 3 Absatz 4 auch vortragen, dass Daten, die vom Anbieter für andere Zwecke als die in dieser Bestimmung genannten verwendet werden, automatisch als rechtmäßig gelten. Daher **sollte der Vorschlag bestätigen, dass das Ausmaß, in dem personenbezogene Daten verwendet werden dürfen, ausschließlich im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen der DSGVO festgelegt wird.** Im folgenden Abschnitt wird kurz auf die rechtmäßigen Gründe für die Verarbeitung von Daten eingegangen.

3.2 Die mögliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung

48. In diesem Abschnitt sollen kurz die verschiedenen rechtlichen Gründe dargelegt werden, unter denen eine Verarbeitung gemäß dem Datenschutzregelwerk erfolgen darf; im Anschluss daran wird erläutert, wie diese Gründe eine Rolle bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit einem Vertrag und, noch konkreter, mit der Bereitstellung digitaler Inhalte spielen können.

a) Überlegungen zu den Gründen für eine Verarbeitung

49. Wie die Richtlinie 95/46/EG enthält auch Artikel 6 DSGVO eine **erschöpfende Auflistung von sechs rechtlichen Gründen für die Verarbeitung personenbezogener**

Daten (siehe weiter unten Abschnitt 3.2.b).⁵⁸ Daher muss eine Verarbeitung personenbezogener Daten stets aus einem dieser rechtlichen Gründe erfolgen, um rechtmäßig zu sein.⁵⁹ Mit Blick auf den bereits erwähnten Grundsatz der Zweckbindung⁶⁰ muss bei einer Verarbeitung für mehrere Zwecke jeder einzelne dieser Zwecke auf den angemessenen rechtlichen Grund zurückzuführen sein.

50. Nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c DSGVO müssen der betroffenen Person **die Zwecke, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden, sowie die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung mitgeteilt** werden. Diese Verpflichtung gilt, wenn die Daten unmittelbar bei der betroffenen Person erhoben werden und unabhängig davon, ob sie (aktiv oder passiv) bereitgestellt wurden oder nicht. Es besteht daher nach dem Datenschutzrecht die Verpflichtung, klar die Gründe anzugeben, aus denen die Daten vom Verantwortlichen erhoben und verarbeitet werden. Ganz konkret sieht die DSGVO weitere Informationspflichten in folgenden Fällen vor:

- Artikel 7 Absatz 2 DSGVO besagt: Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so **muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist.**
- Wenn die Verarbeitung zudem **auf Einwilligung basiert**, unterrichtet der Verantwortliche die betroffenen Personen auch über ihr Recht, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen.⁶¹
- Dienen **berechtigte Interessen als Grundlage** für die Verarbeitung, unterrichtet der Verantwortliche die betroffenen Personen über die Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten.⁶²
- Der Verantwortliche gibt ferner an, **ob die Bereitstellung von Daten gesetzlich oder vertraglich vorgeschrieben oder für einen Vertragsabschluss erforderlich ist**, gibt aber auch an, **ob die betroffene Person verpflichtet ist, die personenbezogenen Daten bereitzustellen, und welche möglichen Folgen die Nichtbereitstellung hätte.**⁶³ Das bedeutet allerdings, dass der Anbieter einseitig bestimmen kann, welche Daten für die Bereitstellung des Dienstes/die Erfüllung des Vertrags erforderlich sind (siehe weiter unten Abschnitt 3.2.b).

51. In Anbetracht all dessen würde eine alleinige Erklärung des Anbieters dahingehend, dass personenbezogene Daten „als Gegenleistung verwendet“ werden, nicht den Anforderungen an eine spezifische, klare und granulare Information für die betroffenen Personen genügen, damit diese verstehen, für welche verschiedenen Zwecke ihre Daten verwendet werden (z. B. Direktmarketing, Profiling, Verkauf des Kundenprofils usw.).

b) Die verschiedenen Grundlagen für die Verarbeitung von Daten im Kontext des Vorschlags

52. Nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO dürfen Daten verarbeitet werden, wenn die Verarbeitung **„für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der**

betroffenen Person erfolgen“. Dazu können beispielsweise die vom Nutzer dem Anbieter bereitgestellte Adresse für die Anlieferung von Waren oder die Kreditkartendetails für die Bezahlung gehören. Die Artikel 29-Datenschutzgruppe merkt hierzu an: *„Die Bestimmung ist eng auszulegen; sie gilt nicht für Situationen, in denen die Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags nicht wirklich notwendig ist, sondern der betroffenen Person von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen einseitig auferlegt wird“*.⁶⁴ Mit anderen Worten: Kann der Vertrag ohne die Erhebung und Verarbeitung der Daten erfüllt werden, sollten diese nicht als *„für die Erfüllung des Vertrags erforderlich“* bezeichnet werden. Die Tatsache, dass die Zwecke der Verarbeitung durch vom Anbieter formulierte Vertragsklauseln abgedeckt sind, bedeutet nicht automatisch, dass die Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags erforderlich ist. Sollte der Zweck der Verarbeitung mit dem ursprünglichen Zweck nicht vereinbar sein - Verarbeitung für den Zweck der Erfüllung des Vertrags -, ist eine andere rechtliche Grundlage erforderlich.⁶⁵

53. Nach Artikel 3 Absatz 4 des Vorschlags sind von dessen Anwendungsbereich lediglich Daten ausgeschlossen, deren Verarbeitung *„für die Erfüllung des Vertrags (...) unbedingt erforderlich ist, und der Anbieter diese Daten nicht in einer mit diesem Zweck nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet“*. Die unterschiedlichen Begrifflichkeiten in beiden Texten könnten zu Verwirrung führen, und es könnte der Eindruck entstehen, dass die *„Daten als Gegenleistung“* gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO verwendet werden dürfen, während diese Daten als nicht unter das Datenschutzrecht fallend betrachtet werden, wenn sie für den Abschluss des Vertrags erforderlich sind.

54. Eine Verarbeitung darf auch stattfinden, wenn die natürliche Person hierin **eingewilligt** hat.⁶⁶ Die verschiedenen Anforderungen an eine Einwilligung sind von der Artikel 29-Datenschutzgruppe in einer Stellungnahme zur Definition von Einwilligung ausführlich abgehandelt worden.⁶⁷ Nach Artikel 4 Absatz 11 DSGVO bedeutet die *„Einwilligung“* der betroffenen Person *„jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“*. Die DSGVO hat die Bedingungen für die Einwilligung eingeschränkt. Artikel 7 sieht zusätzliche Anforderungen an eine gültige Einwilligung vor. Unter anderem sieht Artikel 7 Absatz 2 Folgendes vor: *„Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft“*, beispielsweise einen Vertrag, so muss die Einwilligung getrennt von der für den Abschluss eines Vertrags benötigten Einwilligung gegeben werden. Das bedeutet, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, die vom Verbraucher dem Anbieter bereitgestellt wurden, aber für die Erfüllung des Vertrags oder einen anderen Zweck als nur die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind, auf einer anderen Grundlage, wie einer ohne Zwang gegebenen Einwilligung, erfolgen muss. In diesem Fall muss diese Einwilligung von der Einwilligung in den Vertrag (oder die Geschäftsbedingungen) und der für den Abschluss des Vertrags erforderlichen getrennt werden.

55. Damit eine Zustimmung gültig ist, muss sie ferner **freiwillig erteilt** werden. Dieser Aspekt der Freiwilligkeit der Einwilligung ist Gegenstand von Artikel 4 Absatz 11, Artikel 7 und den Erwägungsgründen 32, 42 und 43 DSGVO. Gemäß Artikel 7 Absatz 1 liegt die Beweislast für die (ohne Zwang gegebene) Einwilligung beim Verantwortlichen. Diesbezüglich besagt

Artikel 7 Absatz 4: *„Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“* Erwägungsgrund 43 knüpft hier an und besagt: *„Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist“.* Daher begründet der Vorschlag die Annahme, dass eine Einwilligung nicht freiwillig erteilt wurde, wenn sie eine Bedingung für die Erbringung einer Dienstleistung ist, *„obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist“.*⁶⁸ Darüber hinaus führt Artikel 8 DSGVO gesonderte Bestimmungen betreffend die Gültigkeit der Einwilligung von Minderjährigen in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft ein und sieht vor, dass die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wird.

56. In einem digitalen Umfeld gemäß Artikel 5 Absatz 3 und Artikel 9 der e-Datenschutz-Richtlinie⁶⁹ und unter Berücksichtigung der vorherrschenden Geschäftsmodelle und des steigenden Werts personenbezogener Daten als Vermögenswert dürfte die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten in einer datengestützten Wirtschaft in den allermeisten Fällen die freiwillige Einwilligung der natürlichen Personen sein. Vor diesem Hintergrund erbrachte die öffentliche Konsultation zur e-Datenschutz-Richtlinie, dass *„es für fast zwei Drittel der Befragten (64 %) nicht akzeptabel ist, dass ihre Online-Aktivitäten im Austausch gegen unbeschränkten Zugang zu einer bestimmten Website überwacht werden, während vier von zehn (40 %) bestimmte Websites meiden, weil sie befürchten, dass ihre Online-Aktivitäten überwacht werden“.*⁷⁰ Der Vorschlag für eine e-Datenschutz-Verordnung sieht vor, dass die Bedingungen der DSGVO auch in der e-Datenschutz-Verordnung für die Gültigkeit einer Einwilligung gelten.⁷¹ Somit **gelten alle von der DSGVO eingeführten Bedingungen im Zusammenhang mit einer Einwilligung auch für die Verarbeitung von Daten im Zusammenhang mit der Bereitstellung digitaler Inhalte nach dem Vorschlag.**

57. Aus der gemeinsamen Betrachtung von Artikel 7 sowie den Erwägungsgründen 32, 42 und 43 DSGVO ergibt sich, dass der Nachweis darüber, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, vom Verantwortlichen zu erbringen ist. Ist Einwilligung die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten durch einen Anbieter, muss er daher nachweisen, dass die Bedingungen für die Gültigkeit der Einwilligung erfüllt sind. Zur Beantwortung der Frage, ob die Einwilligung eines Verbrauchers freiwillig erteilt wurde, können mehrere Faktoren herangezogen werden.

58. Einer dieser Faktoren ist die **Transparenz** der Verarbeitung, die größtenteils von den Informationen abhängt, die dem Verbraucher über die Verarbeitung gegeben wurden. In der DSGVO heißt es: *„Damit sie in Kenntnis der Sachlage ihre Einwilligung geben kann, sollte die betroffene Person mindestens wissen, wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen“.*⁷² Die Artikel 29-Datenschutzgruppe hat bereits die Granularität bei der Einholung der Einwilligung der Nutzer

unterstützt: „D.h., es wird eine gesonderte Einwilligung für die Übermittlung der Daten des Nutzers an den Entwickler für diese verschiedenen Zwecke eingeholt“.⁷³ Allerdings gibt der Anbieter nur sehr selten ausdrücklich an, dass die Daten als Gegenleistung verwendet werden oder auch nur, für welche genauen Zwecke sie verarbeitet werden.⁷⁴ Wie bereits erwähnt⁷⁵, müssen die Verantwortlichen jede einzelne Verwendung der Daten angeben (wie Marketing, Profiling, Übermittlung an Dritte, Bereitstellung eines Mehrwertdienstes usw.).

59. Zu bedenken ist möglicherweise auch das zwischen dem Verantwortlichen und den betroffenen Personen bestehende **Ungleichgewicht**.⁷⁶ Je nach Position der Parteien, Informationsasymmetrie oder der Möglichkeit, einen anderen Dienst zu wählen, kann sich die betroffene Person in einer Lage befinden, in der sie keine andere Wahl hat, als in die Verarbeitung einzuwilligen, um Zugang zu einem Dienst, einem Produkt oder digitalen Inhalten zu haben.

60. Das Vorhandensein einer Wahlfreiheit für die natürlichen Personen könnte auch anhand der Existenz von **Alternativen** beurteilt werden. Im Zusammenhang mit „kostenlosen Diensten“ hat die Datenschutzgruppe bereits eingeräumt: „Solange solche Alternativdienste nicht zur Verfügung stehen, lässt sich schwerer argumentieren, dass (...) eine gültige (aus freien Stücken erteilte) Einwilligung (...) erfolgt ist.“⁷⁷ Was in diesem Zusammenhang als Alternative gelten kann, kann unter anderem von der Stellung des Anbieters auf dem Markt oder von dem Vorhandensein echter, gleichwertiger Alternativen für die betroffene Person abhängen.⁷⁸

61. In seiner vorläufigen Stellungnahme zur Überarbeitung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation empfahl der EDSB, „(...) sollten die neuen Bestimmungen für den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation besagen, dass niemandem der Zugang zu irgendwelchen (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Diensten der Informationsgesellschaft verweigert werden darf, nur weil er nicht seine Einwilligung gemäß Artikel 5 Absatz 3 erteilt hat“ und schilderte mehrere Fälle, in denen die Einwilligung nicht als freiwillig gegeben gelten kann.⁷⁹

62. Aus diesen Gründen sind die zulässigen Fälle, in denen gemäß der DSGVO und der e-Datenschutz-Richtlinie/-Verordnung eine Einwilligung als gültig angesehen werden sollte, in jedem Einzelfall zu prüfen⁸⁰, und dies mit Blick auf die von der DSGVO geschaffene widerlegbare Vermutung⁸¹ und die strengen Vorgaben für eine gültige Einwilligung. Betrachtet man den Vorschlag in Verbindung mit der DSGVO, mag der Gedanke auftauchen, dass diese Vermutung durch den Vorschlag umgestoßen wurde, womit dann die Verarbeitung von Daten auf der Grundlage einer Einwilligung im Zusammenhang mit einem Vertrag legitimiert würde, auch wenn sie für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist.

63. Die DSGVO soll horizontal angewandt werden. Die Vorschriften über die Verarbeitung von Daten können sich auf mehrere andere Rechtsgebiete auswirken, wie auf das öffentliche Recht, das Handelsrecht, das Arbeitsrecht, aber auch auf das Vertragsrecht.⁸² Daher ist die Freiwilligkeit der Einwilligung natürlicher Personen, die einen digitalen Inhalt erwerben, auf der Grundlage des Datenschutzrechts zu beurteilen, wie es in der ab dem 25. Mai 2018

anzuwendenden DSGVO oder in der Richtlinie 95/46/EG und der e-Datenschutz-Richtlinie oder, nach ihrer Annahme, in der e-Datenschutz-Verordnung niedergelegt ist.

64. Eine Verarbeitung darf auch erfolgen, wenn dies für die Zwecke der **berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten** erforderlich ist.⁸³ In diesem Fall muss abgewogen werden zwischen dem berechtigten Interesse des Verantwortlichen und den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person. Die Vorgehensweise bei diesem Abwägen wird in Erwägungsgrund 47 geschildert, der eine enge Auslegung nahelegt. Die Artikel 29-Datenschutzgruppe erarbeitete eine Stellungnahme zu diesem Thema und vertrat darin die Ansicht, die Verarbeitung von Daten für Marketingaktivitäten könne ein berechtigtes Interesse darstellen.⁸⁴ Erwägungsgrund 47 erwähnt das Direktmarketing als ein potenzielles berechtigtes Interesse. Bei der Beurteilung der Gültigkeit einer Einwilligung muss jedoch in jedem Einzelfall das Abwägen des berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder von Dritten vorgenommen werden. Zudem befand der Gerichtshof, dass die Grundrechte der betroffenen Person gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse eines Wirtschaftsteilnehmers überwiegen.⁸⁵ Wird außerdem die Einwilligung als Rechtsgrundlage herangezogen, schützt dies den Verbraucher besser, als wenn das berechnete Interesse gewählt worden wäre.⁸⁶ Es sei darauf hingewiesen, dass die Merkmale der Verwendungen von Daten in einem digitalen Umfeld in der Regel eine ohne Zwang, für einen konkreten Zweck, in Kenntnis der Sachlage und eindeutig erteilte „Opt-in“-Einwilligung⁸⁷ verlangen sollten (im Gegensatz zu einer anderen Rechtsgrundlage wie den berechtigten Interessen des Verantwortlichen).

65. Eine Verarbeitung kann auch auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c DSGVO erfolgen, wenn die Verarbeitung zur **Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, der der Verantwortliche unterliegt**. Um eine Verknüpfung zwischen Artikel 3 Absatz 4 und den Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung herzustellen, könnte der Zweck, sicherzustellen, dass die digitalen Inhalte vertragsgemäß sind oder den rechtlichen Anforderungen entsprechen (wie der Verpflichtung zur Registrierung der Nutzer), daher als Verarbeitung gelten, die auf dieser Rechtsgrundlage vorgenommen wurde.

66. Aus allen diesen Gründen sollte der Vorschlag ausdrücklich besagen, dass von dem Anbieter verarbeitete Daten nur insoweit verwendet werden dürfen, als dies mit dem EU-Datenschutzregelwerk einschließlich DSGVO und e-Datenschutz-Rechtsvorschriften in Einklang steht.

3.3 Der Widerruf der Einwilligung

67. Die Frage der Freiheit, eine Einwilligung zu widerrufen, ist untrennbar mit der Frage der ohne Zwang erteilten Einwilligung verknüpft. Gilt nämlich eine Einwilligung als ohne Zwang erteilt, wenn sie als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung herangezogen wird, sollte sie auch leicht und ohne Einschränkungen widerrufen werden können. Dieser Grundsatz ist auch in Artikel 6 Absatz 3 und Artikel 9 Absätze 3 und 4 der e-Datenschutz-Richtlinie verankert.⁸⁸ In der DSGVO heißt es ganz klar: *„Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person*

wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein“.⁸⁹

68. Die Bedingungen, nach denen eine Einwilligung widerrufen werden kann, sollten mit denen identisch sein, unter denen die Einwilligung als ohne Zwang erteilt gilt. Die Freiwilligkeit der Einwilligung sollte vor dem Hintergrund der Erteilung der Einwilligung beurteilt werden, aber auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese Einwilligung widerrufen wird, um den systemischen Ansatz bezüglich der Einwilligung zu erhalten. Zu den Konsequenzen des Widerrufs der Einwilligung kann gehören, dass die Erbringung des Dienstes beendet wird, sofern die Einwilligung bereits als ohne Zwang erteilt galt, als sie dem Anbieter gegenüber gegeben wurde.

69. Außerdem wurde der von dem Anbieter mit den personenbezogenen Daten des Verbrauchers generierte Wert in der Regel schon vor dem Widerruf der Einwilligung geschaffen. Gemäß Artikel 7 Absatz 3 DSGVO wird die Rechtmäßigkeit der vor dem Widerruf vorgenommenen Datenverarbeitung nicht berührt.

70. Der EDSB empfiehlt daher, im Vorschlag nach Möglichkeit jede weitere Bestimmung über die vertragsrechtlichen Konsequenzen des Widerrufs der Einwilligung zu vermeiden, denn sie würde die freie Wahl der betroffenen Person und ihr Recht auf Widerruf ihrer Einwilligung einschränken.

3.4 Das Recht auf Auskunft über die eigenen Daten und das Recht auf Übertragbarkeit

71. In diesem Abschnitt soll der Frage nachgegangen werden, wie das Zusammenspiel zwischen der DSGVO und den Artikeln 13 und 16 des Vorschlags (bezüglich der Verpflichtung des Anbieters, die Nutzung von Daten zu unterlassen und des Rechts des Verbrauchers, seine Daten wiederzuerlangen) aussieht.

a) Die Rechte auf Widerspruch, auf Löschung und auf Datenübertragbarkeit

72. In der Datenschutzrichtlinie heißt es, dass personenbezogene Daten „so lange, wie es für die Erreichung der Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, erforderlich ist, in einer Form gespeichert werden, die die Identifizierung der betroffenen Person ermöglicht“ (Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e). Des Weiteren sieht die Richtlinie für natürliche Personen ein „**Recht auf Löschung**“ vor, dem zufolge sie „je nach Fall die Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten, deren Verarbeitung nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie entspricht“ erhalten können.⁹⁰ In Artikel 14 sieht die Richtlinie auch ein Widerspruchsrecht vor; dort heißt es, dass sich „die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht mehr auf diese Daten beziehen kann“, wenn die betroffene Person aus zwingenden, schutzwürdigen Gründen Widerspruch eingelegt hat und wenn Rechtsgrundlage der Verarbeitung die berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten sind.⁹¹ Erfolgt die Verarbeitung für Zwecke der Direktwerbung, muss die natürliche Person keine zwingenden Gründe nachweisen.⁹² Ein Beispiel für die Verknüpfung zwischen diesen Grundsätzen ist in dem Beschluss *Google Spain* des Gerichtshofs zu finden.⁹³

73. Diese Rechte wurden in der DSGVO noch weiter ausgebaut, insbesondere das **Recht auf Löschung**, das auch als „**Recht auf Vergessenwerden**“ (Artikel 17) bezeichnet wird; dort geht es vor allem um folgende Fälle: *„Die personenbezogenen Daten sind für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig“* und *„Die betroffene Person widerruft ihre Einwilligung, auf die sich die Verarbeitung gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a oder Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a stützte, und es fehlt an einer anderweitigen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung“*.⁹⁴

74. Das **Recht auf Auskunft** über die eigenen Daten, das in der Richtlinie 95/46/EG in Artikel 12 geregelt ist⁹⁵, wurde in der DSGVO in Artikel 15 bestätigt und weiter entwickelt. Darüber hinaus wird in Artikel 21 DSGVO das „**Recht auf Datenübertragbarkeit**“ eingeführt⁹⁶.

b) Wechselwirkung mit dem Vorschlag

75. Einleitend möchte der EDSB darauf hinweisen, dass höchstwahrscheinlich alle oder fast alle von den Artikeln 13 und 16 des Vorschlags betroffenen Daten als personenbezogene Daten zu betrachten sind. Gleiches lässt sich sagen von *„allen sonstigen Daten, die der Anbieter in Verbindung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte gesammelt hat“* und *„sonstigen Daten, die durch seine (des Verbrauchers) Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, soweit der Anbieter diese Daten gespeichert hat“*, wie es im Vorschlag heißt. Daher kann die Verpflichtung zur Einstellung der Verarbeitung „sonstiger Daten“ dem Verbraucher durchaus einen Mehrwert bieten, solange nicht personenbezogene Daten von den vom Vorschlag betroffenen Anbietern verarbeitet werden dürfen.

76. Ganz ähnliche Pflichten sieht der Vorschlag im Zusammenhang mit der **Verpflichtung zur Einstellung der Verarbeitung von Daten** vor. Diese Ähnlichkeit kann zu einer gewissen Verwirrung führen, da sich der Anwendungsbereich der Artikel 13 und 16 des Vorschlags mit den einschlägigen Artikeln der DSGVO zu den fraglichen Rechten überschneidet, diese Artikel jedoch vom Anwendungsbereich her breiter angelegt sind. Nach dem Datenschutzrecht muss beispielsweise der Verantwortliche die Verarbeitung von Daten einstellen, sobald diese für den Zweck der Verarbeitung nicht länger erforderlich sind. Der Wortlaut von Artikel 13 und 16 impliziert, dass der Verantwortliche die Verarbeitung einzustellen hat, sofern es ihm möglich ist, während die Richtlinie 95/46/EG und die DSGVO ihn dazu verpflichten, die Verarbeitung zu beenden und alle betreffenden Daten zu löschen. Ferner schließt der Wortlaut des Vorschlags die Daten aus, die nicht als Gegenleistung bereitgestellt wurden, während die Richtlinie 95/46/EG und die DSGVO auf alle Daten anzuwenden sind, unabhängig von ihrer Verwendung. Aus diesen Gründen bringt die im Vorschlag vorgesehene Verpflichtung zur Einstellung der Verarbeitung für die Grundsätze des Datenschutzes nicht viel.

77. Das im Vorschlag geregelte **Recht auf Wiedererlangung der eigenen Daten** weist große Ähnlichkeit mit dem Recht auf Datenübertragbarkeit und dem Recht auf Auskunft auf. Artikel 15 DSGVO sieht nämlich das **Recht auf Auskunft** vor, das auch das Recht auf eine Kopie aller vom Verantwortlichen verarbeiteten personenbezogenen Daten umfasst. Diese Bestimmung der DSGVO ist auf alle Verarbeitungen anzuwenden, also auch auf Fälle, in denen

keine vertragliche Beziehung besteht, und ohne Erwägungen bezüglich der Verwendung von Daten. Informationen sind überdies kostenlos⁹⁷ und „in einem gängigen elektronischen Format“ zur Verfügung zu stellen, während es im Vorschlag heißt, der Verbraucher erlangt den Inhalt kostenlos „und in einem allgemein gebräuchlichen Datenformat“ wieder. Somit unterliegen alle bereitgestellten und vom Anbieter generierten Daten, die personenbezogene Daten sind, dem Recht auf Auskunft nach der DSGVO, und der Vorschlag sieht für den Verbraucher ein sehr ähnlich gestaltetes Recht vor. Artikel 20 DSGVO mit dem neu eingeführten **Recht auf Datenübertragbarkeit** geht sogar noch weiter, denn er verleiht das Recht, seine Daten „in einem strukturierten, gängigen, maschinenlesbaren und interoperablen Format zu erhalten“, aber auch „diese Daten ohne Behinderung an einen anderen Verantwortlichen zu übermitteln“.⁹⁸ Dieses Recht gilt jedoch nur, wenn die Verarbeitung auf Einwilligung beruht oder wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist, und es findet nur Anwendung auf die betroffene Person betreffende personenbezogene Daten, „die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat“.

78. Aus diesen Gründen empfiehlt der EDSB, auch um Verwirrung zu vermeiden, im Zusammenhang mit dem Recht auf Löschung und dem Recht auf Auskunft über die eigenen Daten in den Artikeln 13 und 16 des Vorschlags auf die DSGVO zu verweisen, sofern personenbezogene Daten betroffen sind. Sollten nicht personenbezogene Daten („sonstige Daten“) verarbeitet werden, empfiehlt der EDSB, die Bestimmungen der Artikel 13 und 16 im Sinne der Kohärenz an die Regelung in der DSGVO anzugleichen.

SCHLUSSFOLGERUNG

79. Der EDSB begrüßt die Initiative der Kommission, mit der diese den Verbrauchern in der EU einen breit angelegten Schutz bieten will, indem dieser Schutz auf „digitale Waren“ ausgedehnt wird und die Fälle berücksichtigt werden, in denen kein Geld als Preis gezahlt wird.

80. Der EDSB sieht ein, dass es wichtig ist, klare und moderne Vorschriften zu haben, die die Entwicklung der digitalen Wirtschaft begleiten und fördern können. Im Hinblick hierauf verfolgt der EDSB auch weiterhin aktiv die Initiativen der Kommission für den digitalen Binnenmarkt, da die Bedeutung von Daten als Quelle für Wachstum und Innovation im Mittelpunkt dieser Initiativen steht.

81. Vor diesem Hintergrund begrüßen wir die Initiative des Rates, den EDSB zu konsultieren. Hier bietet sich für den EDSB die Möglichkeit, an die Gesetzgeber für die Diskussion über den beim EDSB vorgelegten Vorschlag mehrere Empfehlungen und Botschaften zu senden.

82. Zum Zusammenspiel zwischen dem Vorschlag und dem Datenschutzrecht:

- Der Vorschlag wirft eine Reihe von Problemen auf, da mit diesen Daten Grundrechte berührt werden und sie nach dem EU-Datenschutzregelwerk besonderen Schutz genießen;

- **der Vorschlag sollte nach Möglichkeit keine Bestimmungen enthalten, die sich auf das Datenschutzregelwerk auswirken können, da die Rechtsgrundlage des Vorschlags Artikel 114 AEUV ist, der wiederum nicht mehr die geeignete Grundlage für die Regulierung von Datenverarbeitung ist;**
- **der Vorschlag sollte auf keinen Fall das mit der DSGVO gefundene Gleichgewicht bezüglich der Umstände stören, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten im digitalen Markt stattfinden darf.**

83. Zur Verwendung von Daten als Gegenleistung:

- **Der EDSB ist der Auffassung, dass der Begriff „Daten als Gegenleistung“ vermieden werden sollte;**
- **hierzu bietet der EDSB Alternativen an:**
 - **die Verwendung des Begriffs „Dienstleistungen“ im EU-Recht könnte bei der Überlegung helfen, wie Dienstleistungen erfasst werden, wenn kein Preis gezahlt wird;**
 - **der Anwendungsbereich der DSGVO, der das Anbieten von Waren und Dienstleistungen unabhängig davon abdeckt, ob eine Zahlung verlangt wird, könnte ebenfalls eine Überlegung wert sein.**

84. Zum Zusammenspiel zwischen dem Vorschlag und der DSGVO:

- **In Anbetracht der sehr weiten Definition personenbezogener Daten ist es wahrscheinlich, dass praktisch alle von dem Verbraucher dem Anbieter der digitalen Inhalte bereitgestellten Daten als personenbezogene Daten zu betrachten sind;**
- **der EDSB empfiehlt, nach Möglichkeit nicht von Daten zu sprechen, die vom Verbraucher (aktiv) bereitgestellt wurden, da dies gegen bestehende und künftige Datenschutzvorschriften verstößt;**
- **der Vorschlag sollte ausdrücklich besagen, dass von dem Anbieter verarbeitete Daten nur insoweit verwendet werden dürfen, als dies mit der DSGVO und e-Datenschutz-Rechtsvorschriften in Einklang steht;**
- **der EDSB empfiehlt, im Zusammenhang mit dem Recht auf Löschung und dem Recht auf Auskunft über die eigenen Daten in den Artikeln 13 und 16 des Vorschlags auf die DSGVO zu verweisen, sofern personenbezogene Daten betroffen sind. Sollten nicht personenbezogene Daten („sonstige Daten“) verarbeitet werden, empfiehlt der EDSB, die Bestimmungen der Artikel 13 und 16 im Sinne der Kohärenz an die Regelung in der DSGVO anzugleichen.**

Brüssel, den 14. März 2017

(gezeichnet)

Giovanni BUTTARELLI

Europäischer Datenschutzbeauftragter

4. Endnoten

¹ ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

² ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1.

³ ABl. L 8 vom 12.1.2001, S. 1.

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM/2015/0634, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1450431933547&uri=CELEX:52015PC0634>.

⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM/2015/0635 final.

⁶ Für nähere Informationen siehe http://ec.europa.eu/justice/contract/digital-contract-rules/index_en.htm.

⁷ In diesem Zusammenhang gab es bereits einen Versuch der Kommission: Siehe den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, COM/2011/0635 final; dieser Vorschlag wurde von der Kommission aufgegeben.

⁸ Abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONGML%2bCOMPARL%2bPE-582.370%2b03%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fDE>.

⁹ Abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONGML%2bCOMPARL%2bPE-592.444%2b01%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fDE>.

¹⁰ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64.

¹¹ Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29.

¹² Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

¹³ Siehe die Begründung des Vorschlags, S. 3.

¹⁴ Siehe Artikel 3 Absatz 1 des Vorschlags.

¹⁵ Siehe Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe c des Vorschlags.

¹⁶ Siehe Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b des Vorschlags.

¹⁷ Siehe Artikel 3 Absätze 1 und 4, Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b, Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe c und Artikel 16 Absatz 4 Buchstabe a des Vorschlags.

¹⁸ Siehe Artikel 3 Absatz 4 des Vorschlags.

¹⁹ Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b und Artikel 16 Absatz 4 Buchstabe b des Vorschlags.

²⁰ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

²¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1.

²² Artikel 3 Absatz 8 des Vorschlags.

²³ Derzeit sind im Zusammenhang mit der Analyse des Vorschlags die wichtigsten geltenden Rechtstexte die Richtlinie 95/46/EG, die durch die Verordnung (EU) 2016 679 aufgehoben und ersetzt werden wird, und die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37 (auch als „e-Datenschutz-Richtlinie“ bezeichnet). Die e-Datenschutz-Richtlinie sollte aufgehoben werden durch den jüngst vorgelegten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG, 10. Januar 2017, COM(2017) 10 final, (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation).

²⁴ Siehe die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – „Für eine florierende datengesteuerte Wirtschaft“, COM(2014) 442 final.

²⁵ Siehe beispielsweise die vorläufige Stellungnahme des EDSB zu „Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von Big Data: das Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, März 2014, abrufbar unter

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_DE.pdf, und Stellungnahme 8/2016 des EDSB zur kohärenten Durchsetzung von Grundrechten im Zeitalter von Big Data, 23. September 2016, abrufbar unter https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_DE.pdf.

²⁶ EDSB, Stellungnahme 8/2016 zur kohärenten Durchsetzung von Grundrechten im Zeitalter von Big Data vom 23. September 2016, S. 6.

²⁷ Populäre Schlagwörter wie „digitale Währung“ und „mit Daten bezahlen“ können nicht nur in die Irre führen, sondern auch gefährlich sein, wenn sie wörtlich genommen und zu einem Rechtsgrundsatz gemacht werden.

²⁸ Siehe Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 03/2013 zur Zweckbindung, S. 10-11.

²⁹ Siehe Abschnitt 3.

³⁰ Siehe die Erwägungsgründe 2, 5, 7, 13, 21, 123 und 133.

³¹ Der Begriff des „Gravitationszentrums“ wurde vom EuGH geprägt. Kann eine Maßnahme auf mehr als einer Rechtsgrundlage angenommen werden, ist ihr Hauptzweck oder ihre Hauptkomponente zu bestimmen, siehe z. B. die Rechtssachen C-376/98, C-42/97, C-300/89. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH „*muss sich die Wahl der Rechtsgrundlage einer Gemeinschaftsmaßnahme auf objektive Umstände gründen (...), darunter insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts*“. *Im Fall der DSGVO kann nicht bestritten werden, dass dieses so genannte „Gravitationszentrum“ der Schutz personenbezogener Daten ist. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass sich die DSGVO auf andere Ziele der EU wie beispielsweise den Binnenmarkt und damit auch auf das Vertragsrecht auswirkt.*

³² Siehe Erwägungsgrund 7 DSGVO.

³³ Siehe Erwägungsgrund 7 DSGVO, *in fine*.

³⁴ Siehe Artikel 3 Absatz 8 des Vorschlags, der besagt: „*Der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten bleibt von dieser Richtlinie unberührt*“, und Erwägungsgrund 22 des Vorschlags, wo es heißt: „*Der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist Gegenstand der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, die im Zusammenhang mit Verträgen für die Bereitstellung digitaler Inhalte uneingeschränkt anwendbar sind. Diese Richtlinien bilden bereits einen Rechtsrahmen für personenbezogene Daten in der Union. Dieser Rechtsrahmen sollte bei der Umsetzung und Anwendung dieser Richtlinie uneingeschränkt beachtet werden*“.

³⁵ Siehe Artikel 3 Absatz 4 des Vorschlags: „*Diese Richtlinie gilt nicht für digitale Inhalte, die gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden, soweit der Anbieter vom Verbraucher personenbezogene Daten verlangt, deren Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags oder die Erfüllung rechtlicher Anforderungen unbedingt erforderlich ist, und er diese Daten nicht in einer mit diesem Zweck nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet. Sie gilt gleichfalls nicht für alle anderen Daten, die der Anbieter vom Verbraucher verlangt, um sicherzustellen, dass die digitalen Inhalte vertragsgemäß sind oder den rechtlichen Anforderungen entsprechen; diese Daten dürfen vom Anbieter nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden*“.

³⁶ Vorläufige Stellungnahme des EDSB zu „Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von Big Data: das Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, bereits erwähnt, Nr. 80.

³⁷ Siehe die vorläufige Stellungnahme des EDSB zu „Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von Big Data: das Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in der digitalen „Wirtschaft“, bereits erwähnt, Nr. 77.

³⁸ Siehe z. B. die deutsche Untersuchung einer möglichen missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht durch Facebook unter Verletzung der Datenschutzbestimmungen, erwähnt in der Stellungnahme 8/2016 des EDSB, S. 16.

³⁹ Wie im Vorschlag vorgesehen, siehe die Artikel 12 und 13.

⁴⁰ Gemäß Artikel 57 gelten als „Dienstleistungen“ insbesondere:

- (a) gewerbliche Tätigkeiten,
- (b) kaufmännische Tätigkeiten,
- (c) handwerkliche Tätigkeiten,
- (d) freiberufliche Tätigkeiten.“

⁴¹ Siehe EuGH, C-352/85, *Bond van Adverteerders und andere gegen den niederländischen Staat*, 26. April 1988.

⁴² Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1. Es gibt bereits eine Definition von Dienst der Informationsgesellschaft, und zwar in der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von

Zugangskontrolldiensten; unter diese Definition fällt „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“.

⁴³ Siehe Begründung des Vorschlags, S. 3.

⁴⁴ Vorschlag der Kommission vom 14. September 2016 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-590-DE-F1-1.PDF>. In der vorgeschlagenen Überarbeitung des EECC heißt es in Erwägungsgrund 16: „Um unter den Begriff elektronischer Kommunikationsdienst zu fallen, muss ein Dienst in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. In der digitalen Wirtschaft stellen Nutzerdaten für die Marktbeteiligten zunehmend einen Geldwert dar. Elektronische Kommunikationsdienste werden oftmals für eine andere Gegenleistung als Geld erbracht, z. B. wird Zugang zu personenbezogenen oder sonstigen Daten gewährt. Das Konzept eines Entgelts sollte daher Fälle umfassen, in denen der Anbieter eines Dienstes personenbezogene Daten wie Namen oder E-Mail-Adresse anfragt und der Endnutzer diese dem Anbieter auf direkte oder indirekte Weise aktiv zur Verfügung stellt. Es sollte auch Fälle einbeziehen, in denen der Anbieter Informationen einschließlich personenbezogener Daten wie z. B. die IP-Adresse oder sonstige automatisch generierte Informationen wie durch Cookies gesammelte und übermittelte Informationen erhebt, ohne dass der Endnutzer diese aktiv bereitstellt“.

⁴⁵ Siehe Erwägungsgrund 14 des Vorschlags.

⁴⁶ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136.

⁴⁷ Des Weiteren impliziert die Tatsache, dass diese Daten vom Verbraucher aktiv bereitgestellt werden, dass sie sich grundsätzlich auf ihn beziehen.

⁴⁸ Sogar in noch größerem Umfang, da Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe c nicht nur für dem Anbieter bereitgestellte personenbezogene Daten gilt, sondern für alle Daten, die durch die Nutzung der digitalen Inhalte durch den Verbraucher erzeugt worden sind.

⁴⁹ Siehe Erwägungsgrund 13 des Vorschlags: „In der digitalen Wirtschaft haben Informationen über Einzelpersonen für Marktteilnehmer immer mehr einen mit Geld vergleichbaren Wert. Digitale Inhalte werden häufig nicht gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt, sondern gegen Erbringung einer anderen Leistung als Geld, d. h. durch Gewährung von Zugang zu personenbezogenen oder sonstigen Daten. Diese besonderen Geschäftsmodelle treten in verschiedenen Formen in einem erheblichen Teil des Marktes auf. Die Einführung einer Differenzierung nach Art der Gegenleistung würde zu einer diskriminierenden Unterscheidung zwischen verschiedenen Geschäftsmodellen führen und Unternehmen einen ungerechtfertigten Anreiz bieten, digitale Inhalte vermehrt gegen Daten anzubieten. Es sollten gleiche Wettbewerbsbedingungen hergestellt werden. Zudem können mangelhafte Leistungsmerkmale von digitalen Inhalten, die gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt wurden, den wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zuwiderlaufen. Daher sollte die Anwendbarkeit der Bestimmungen dieser Richtlinie nicht davon abhängen, ob ein Preis für die betreffenden digitalen Inhalte gezahlt wird.“

⁵⁰ Erwägungsgrund 14 des Vorschlags schließt mehrere Kategorien von Daten aus, darunter IP-Adressen und Cookies, aber auch Standortdaten, die vom Verbraucher nicht aktiv bereitgestellt werden.

⁵¹ Siehe beispielsweise Artikel 29-Datenschutzgruppe, Empfehlung 1/99 über die unsichtbare und automatische Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet durch Software und Hardware, WP 17.

⁵² Article 29 Working Party Guidelines on the right to data portability, WP 242 (Artikel 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242). Diese Stellungnahme war in der Konsultation; Kommentare konnten bis zum 15. Februar 2017 eingereicht werden.

⁵³ Siehe Artikel 5 Absatz 3 der e-Datenschutz-Richtlinie.

⁵⁴ Vorschlag für eine e-Datenschutz-Verordnung, Artikel 6 ff.

⁵⁵ Siehe auch Artikel 6 der Richtlinie 95/46/EG.

⁵⁶ Stellungnahme 03/2013 der Artikel 29-Datenschutzgruppe zur Zweckbindung, WP 203.

⁵⁷ Siehe Artikel 6 Absatz 4 DSGVO. Gemäß diesen Bestimmungen ist eine Weiterverwendung von Daten erlaubt, wenn eine Einwilligung vorliegt, oder auf der Grundlage einer Rechtsvorschrift der Union oder der Mitgliedstaaten, „die in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Artikel 23 Absatz 1“ der DSGVO „genannten Ziele darstellt“.

⁵⁸ Artikel 6 DSGVO besagt Folgendes:

1. Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:
 - (a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
 - (b) die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;
 - (c) die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;

-
- (d) die Verarbeitung ist erforderlich, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen;
- (e) die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;
- (f) die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

⁵⁹ In der Stellungnahme 15/2011 der Artikel 29-Datenschutzgruppe zur Definition von Einwilligung, WP 187, heißt es: „Die Wahl der passendsten Rechtsgrundlage ist nicht immer einfach, insbesondere die Erfüllung eines Vertrags oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen. Ein für die Datenverarbeitung Verantwortlicher, der Artikel 7 Buchstabe b als Rechtsgrundlage im Zusammenhang mit dem Schließen eines Vertrags nutzt, kann den Artikel nicht ausweiten, um die Verarbeitung von Daten zu rechtfertigen, die über das erforderliche Maß hinausgeht: Er muss die darüber hinaus gehende Verarbeitung durch eine besondere Einwilligung legitimieren, auf die die Anforderungen von Artikel 7 Buchstabe a Anwendung finden. Dies zeigt das Erfordernis der Granularität in Vertragsklauseln. In der Praxis heißt das, dass die Einwilligung möglicherweise als zusätzliche Voraussetzung für einen Teil der Verarbeitung erforderlich ist. Entweder ist die Verarbeitung notwendig für die Erfüllung eines Vertrags oder die Einwilligung (ohne Zwang) muss eingeholt werden. Bei einigen Transaktionen könnten gleichzeitig eine Reihe von Rechtsgrundlage Anwendung finden. Anders ausgedrückt heißt das, dass die Datenverarbeitung stets mit mindestens einer Rechtsgrundlage im Einklang stehen muss. Das schließt die gleichzeitige Anwendung mehrerer Rechtsgrundlagen nicht aus, vorausgesetzt, sie werden im richtigen Zusammenhang genutzt. Einige Datenerhebungen und Weiterverarbeitungen sind möglicherweise gemäß dem Vertrag mit der betroffenen Person erforderlich - Artikel 7 Buchstabe b; andere Verarbeitungen können als Ergebnis einer rechtlichen Verpflichtung notwendig sein - Artikel 7 Buchstabe c; die Erhebung zusätzlicher Informationen kann eine gesonderte Einwilligung erfordern - Artikel 7 Buchstabe a; noch andere Verarbeitungen können auch unter dem Ausgleich der Interessen zulässig sein - Artikel 7 Buchstabe f.

⁶⁰ Siehe weiter oben Punkt 45.

⁶¹ Siehe Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe c DSGVO.

⁶² Siehe Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe d DSGVO.

⁶³ Siehe Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe e DSGVO.

⁶⁴ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 21.

⁶⁵ In der Stellungnahme 15/2011 der Artikel 29-Datenschutzgruppe zur Definition von Einwilligung, WP 187, heißt es: Die Wahl der passendsten Rechtsgrundlage ist nicht immer einfach, insbesondere die Erfüllung eines Vertrags oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen. Ein für die Datenverarbeitung Verantwortlicher, der Artikel 7 Buchstabe b als Rechtsgrundlage im Zusammenhang mit dem Schließen eines Vertrags nutzt, kann den Artikel nicht ausweiten, um die Verarbeitung von Daten zu rechtfertigen, die über das erforderliche Maß hinausgeht: Er muss die darüber hinaus gehende Verarbeitung durch eine besondere Einwilligung legitimieren, auf die die Anforderungen von Artikel 7 Buchstabe a Anwendung finden. Dies zeigt das Erfordernis der Granularität in Vertragsklauseln. In der Praxis heißt das, dass die Einwilligung möglicherweise als zusätzliche Voraussetzung für einen Teil der Verarbeitung erforderlich ist. Entweder ist die Verarbeitung notwendig für die Erfüllung eines Vertrags oder die Einwilligung (ohne Zwang) muss eingeholt werden. Bei einigen Transaktionen könnten gleichzeitig eine Reihe von Rechtsgrundlage Anwendung finden. Anders ausgedrückt heißt das, dass die Datenverarbeitung stets mit mindestens einer Rechtsgrundlage im Einklang stehen muss. Das schließt die gleichzeitige Anwendung mehrerer Rechtsgrundlagen nicht aus, vorausgesetzt, sie werden im richtigen Zusammenhang genutzt. Einige Datenerhebungen und Weiterverarbeitungen sind möglicherweise gemäß dem Vertrag mit der betroffenen Person erforderlich - Artikel 7 Buchstabe b; andere Verarbeitungen können als Ergebnis einer rechtlichen Verpflichtung notwendig sein - Artikel 7 Buchstabe c; die Erhebung zusätzlicher Informationen kann eine gesonderte Einwilligung erfordern - Artikel 7 Buchstabe a; noch andere Verarbeitungen können auch unter dem Ausgleich der Interessen zulässig sein - Artikel 7 Buchstabe f.

⁶⁶ Siehe Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG und Artikel 8 DSGVO.

⁶⁷ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung, WP187.

⁶⁸ Der EDSB führt hierzu aus: „Genau dies trifft auf Cookie-Walls zu, die den Nutzer häufig zur Einwilligung in die Verwendung von Tracking-Cookies Dritter zwingen, die für die Erbringung der betreffenden Dienstleistung nicht erforderlich sind“. Siehe die vorläufige Stellungnahme 5/2016 des EDSB zur Überarbeitung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, S. 18.

⁶⁹ Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses, S. 46. Siehe auch die bereits erwähnte Eurobarometer-Erhebung, wo es heißt, dass es für „fast zwei Drittel der Befragten nicht akzeptabel ist, dass ihre

Online-Aktivitäten im Austausch gegen unbeschränkten Zugang zu einer bestimmten Website überwacht werden (64 %)“:

<http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/76377>.

⁷⁰Konsultation zur e-Datenschutz-Richtlinie und Eurobarometer, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/76377>.

Siehe S. 55: „Für etwas mehr als ein Viertel ist es akzeptabel, dass Unternehmen Informationen über sie ohne ihre Genehmigung austauschen, selbst wenn dies Unternehmen hilft, ihnen neue Dienste anzubieten, die ihnen möglicherweise gefallen (27 %), während mehr als sieben von zehn (71 %) sagen, dies sei inakzeptabel“.

⁷¹ Siehe Artikel 9 Absatz 1 des Vorschlags für eine e-Datenschutz-Verordnung.

⁷² Siehe Erwägungsgrund 42 DSGVO.

⁷³ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung, WP 187, S. 22.

⁷⁴ Diese Frage wurde auch vom EDSB in seiner vorläufigen Stellungnahme zu Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von Big Data behandelt, S. 34-36.

⁷⁵ Siehe weiter oben Punkt 50.

⁷⁶ Siehe Erwägungsgrund 43 erster Satz DSGVO.

⁷⁷ Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses, S. 60.

⁷⁸ Hierzu empfahl der EDSB, „in den neuen Bestimmungen für den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation vorzusehen, dass unabhängig von der Marktmacht des Dienstbieters dieser entweder i) den Nutzer wählen lassen muss, ob er in eine Verarbeitung von Daten einwilligt oder nicht, die für die Erbringung des Dienstes nicht erforderlich sind, und dies, ohne dadurch Nachteile zu erleiden, oder ii) zumindest zu einem vernünftigen Preis (ohne verhaltensorientierte Werbung und Datenerhebung) einen Zahldienst als Alternative zu den mit den persönlichen Daten der Nutzer bezahlten Diensten bereitstellen muss“, siehe EDSB, vorläufige Stellungnahme 5/2016, S. 19.

⁷⁹ EDSB, vorläufige Stellungnahme 5/2016, S. 18.

⁸⁰ Als Beispiel für etwas, das als freiwillige Einwilligung gelten könnte, erwähnte die Artikel 29-Datenschutzgruppe den Fall eines sozialen Netzwerkes, in dem der Nutzer in der Lage sein sollte, ohne Zwang und für den konkreten Fall in den Erhalt der verhaltensorientierten Werbung einzuwilligen, und zwar unabhängig von seinem Zugang zu den sozialen Netzwerkdiensten: siehe Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung, WP 187, S. 22.

⁸¹ Artikel 7 Absatz 4 in Verbindung mit Erwägungsgrund 42 *in fine*.

⁸² Artikel 8 Absatz 3 DSGVO besagt: Absatz 1 dieses Artikels „lässt das allgemeine Vertragsrecht der Mitgliedstaaten, wie etwa die Vorschriften zur Gültigkeit, zum Zustandekommen oder zu den Rechtsfolgen eines Vertrags in Bezug auf ein Kind, unberührt“. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die anderen Bestimmungen der DSGVO das Vertragsrecht sehr wohl berühren.

⁸³ Siehe Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO.

⁸⁴ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 6/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP 217, S. 56. „Für die Verarbeitung Verantwortliche können ein berechtigtes Interesse daran haben, die Vorlieben ihrer Kunden zu erfahren, um dadurch ihre Angebote besser auf die jeweilige Person abzustimmen und schließlich Waren und Dienstleistungen anbieten zu können, die den Bedürfnissen und Wünschen der Kunden besser gerecht werden. Vor diesem Hintergrund kann Artikel 7 Buchstabe f für bestimmte Arten von Vermarktungstätigkeiten, online wie offline, eine Rechtsgrundlage liefern, auf die man sich berufen könnte, vorausgesetzt, bestimmte Schutzmaßnahmen wurden getroffen (...). Das bedeutet jedoch nicht, dass die für die Verarbeitung Verantwortlichen sich auf Artikel 7 Buchstabe f berufen können, wenn sie unangemessenerweise die Online- oder Offlineaktivitäten ihrer Kunden überwachen, ungeheure Mengen an Daten über diese aus verschiedenen Quellen, die ursprünglich vor einem andern Hintergrund und für andere Zwecke erhoben wurden, zusammenfassen, komplexe Profile zu den persönlichen Besonderheiten und Vorlieben der Kunden erstellen und - beispielsweise unter Hinzuziehung von Datenermittlern - mit diesen auch Handel treiben, ohne dass diese Kunden davon in Kenntnis gesetzt werden und ein funktionierender Widerspruchsmechanismus existieren würde, von Einwilligung in Kenntnis der Sachlage ganz zu schweigen. Derartige Profilingtätigkeiten stellen mit hoher Wahrscheinlichkeit einen massiven Eingriff in die Privatsphäre des Kunden dar, und wenn dem so ist, überwiegen die Interessen und Rechte der betroffenen Person das Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen“.

⁸⁵ EuGH, *Google Spain*, C-131/12, 13. Mai 2014, Rnrrn. 81, 97 und 99.

⁸⁶ So schützt beispielsweise das Recht auf Widerruf der Einwilligung nach Artikel 7 Absatz 2 stärker als das Recht auf Widerspruch; das Recht auf Datenübertragbarkeit in Artikel 20 DSGVO gilt nicht, wenn die Verarbeitung berechnete Interessen als Grundlage hat; die Bedingungen für die Einholung der Einwilligung sind für natürliche Personen ein besserer Schutz, da sie von ihnen ein aktives Handeln verlangen.

⁸⁷ Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses, S. 60.

⁸⁸ Siehe ferner Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme zur Definition von Einwilligung, S. 32.

⁸⁹ In Erwägungsgrund 42 wird folgendermaßen näher auf das Recht auf Widerruf eingegangen: *„Es sollte nur dann davon ausgegangen werden, dass die betroffene Person ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“*

⁹⁰ Artikel 12 Buchstabe b der Richtlinie 95/46/EG.

⁹¹ Oder wenn die Verarbeitung *„erforderlich ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Dritten, dem die Daten übermittelt werden, übertragen wurde“*; siehe Artikel 14 Buchstabe a, in dem auf Artikel 7 Buchstabe e verwiesen wird.

⁹² Siehe Artikel 14 Buchstabe b der Richtlinie 95/46/EG.

⁹³ EuGH, 13. Mai 2004, *Google Spain*, C-131/12.

⁹⁴ Siehe Artikel 17 Absatz 1 Buchstaben a und b DSGVO.

⁹⁵ Nach Artikel 12 hat die betroffene Person unter anderem das Recht, von dem Verantwortlichen *„eine Mitteilung in verständlicher Form über die Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, sowie die verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten“* zu erhalten.

⁹⁶ Siehe die bereits erwähnten Leitlinien der Artikel 29-Datenschutzgruppe zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242. Artikel 20 DSGVO besagt:

„1. Die betroffene Person hat das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogene Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln, sofern

(a) die Verarbeitung auf einer Einwilligung gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a oder Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a oder auf einem Vertrag gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b beruht und

(b) die Verarbeitung mithilfe automatisierter Verfahren erfolgt.

2. Bei der Ausübung ihres Rechts auf Datenübertragbarkeit gemäß Absatz 1 hat die betroffene Person das Recht, zu erwirken, dass die personenbezogenen Daten direkt von einem Verantwortlichen einem anderen Verantwortlichen übermittelt werden, soweit dies technisch machbar ist.

3. Die Ausübung des Rechts nach Absatz 1 des vorliegenden Artikels lässt Artikel 17 unberührt. Dieses Recht gilt nicht für eine Verarbeitung, die für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde.

4. Das Recht gemäß Absatz 2 darf die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht beeinträchtigen.“

⁹⁷ Werden weitere Kopien angefordert, kann der Verantwortliche eine anhand der Verwaltungskosten festgelegte angemessene Gebühr erheben.

⁹⁸ Siehe Artikel 20 Absatz 1 DSGVO.