



ZENTRALVERBAND DER DEUTSCHEN WERBEWIRTSCHAFT ZAW E.V

**Auswirkungen des Entwurfs  
für eine Verordnung zum Schutz natürlicher Personen  
bei der Verarbeitung personenbezogener Daten  
und zum freien Datenverkehr<sup>1</sup>  
auf werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle in Deutschland**

**- rechtliche Analyse des Kommissionsentwurfs  
und erste Hinweise für notwendige Änderungen**

---

<sup>1</sup> KOM (2012) 11/4. Im Folgenden: VO-E.

### **Ergebnis:**

- Der VO-E führt zu einer vollständigen Aufhebung bzw. Aushöhlung der nationalen gesetzlichen Erlaubnistatbestände für die Verarbeitung personenbezogener Daten („pD“) zu werbewirtschaftlichen Zwecken.

- Die Erlaubnisnormen, die das nationale Recht für den Bereich des Direktmarketing vorsieht (§§ 28 ff BDSG), werden verdrängt und sind nicht mehr anwendbar. Nach der lückenhaften Konkurrenzregelung des Art. 89 VO-E verbleibt zwar in Bezug auf Telemedien ein geringfügiger Raum für nationale Bestimmungen - korrigierende Auslegung der Bestimmung vorausgesetzt. Die nationalen Erlaubnisnormen (§§ 12 ff TMG) werden aufgrund der Regelung des Art. 88 VO-E und der sonstigen Vorgaben des VO-E (Art. 20 VO-E) jedoch zugleich so weitgehend verändert, dass eine Datenverarbeitung zu werbewirtschaftlichen Zwecken hiernach nicht mehr praktikabel durchführbar wäre.

- Die vom VO-E in Art. 6 zur Verfügung gestellten gesetzlichen Erlaubnistatbestände reichen - auch wenn sie durch die so genannten „delegated“ oder „implementing acts“ (Art. 62, 86 VO-E) flankiert werden sollten - bei weitem nicht aus, um die legitimen und in Deutschland rechtlich anerkannten werbewirtschaftlichen Datenverarbeitungsprozesse zukünftig zu ermöglichen. Bei gleichzeitiger Ausdehnung des Verbotsprinzips für die Verarbeitung pD durch den VO-E – Folge der erweiternden Neudefinition des Begriffs der pD in Art. 4 (1), (2) VO-E – führt der VO-E zu einer extremen Verkürzung gesetzlicher Erlaubnisse für die Datenverarbeitung zu werbewirtschaftlichen Zwecken. Aussagen, der VO-E respektiere oder reflektiere die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) oder des Telemediengesetzes (TMG), sind somit unzutreffend. Nahezu allen von den Datenschutznovellen des Jahres 2009 in Deutschland rechtlich anerkannten und erst kürzlich im Zuge der Verabschiedung bereichsspezifischer Gesetze anerkannten Geschäftsmodellen im Bereich Direktmarketing und Online-Werbung werden durch den VO-E die gesetzliche Grundlage entzogen.

- Die in einer inoffiziellen Vorversion des VO-E textierte formelle Abschaffung sämtli-

*cher gesetzlicher Legitimationsgrundlagen für die Datenverarbeitung zu werbewirtschaftlichen Zwecken bzw. das Verbot von Direktmarketing ohne Einwilligung des Betroffenen (Art. 7 Abs. 2 Vorentwurf) wurde im Laufe der Interservice-Consultation von der Kommission gestrichen. Die in die richtige Richtung weisende Entscheidung hat aufgrund der weiterhin lückenhaften Erlaubnistatbestände des VO-E jedoch keinerlei positive Auswirkungen auf die Geschäftsmodelle der betroffenen Unternehmen. Das weitere Gesetzgebungsverfahren sollte dazu genutzt werden, um die mit der Streichung von Art. 7 Abs. 2 Vorentwurf zum Ausdruck gekommene Auffassung der Kommission, Direktmarketing und Online-Werbung nicht zu erschweren oder gar unmöglich zu machen<sup>2</sup>, auf der Ebene des Normtextes des VO-E abzubilden. Die grundlegenden Handlungsfelder hierfür werden bei der Zusammenfassung der jeweiligen Beispielsfälle dargelegt.*

---

<sup>2</sup> Jüngst von Kommissarin Reding in einem Interview bestätigt, vgl. *acquisa* 05/2012, S. 68 (abrufbar unter <http://www.haufe.de/acquisa/specialContentDetail?id=1335960532.39>).

## **1. Gesetzliche Rechtsgrundlagen zur Datenverarbeitung zu werbewirtschaftlichen Zwecken**

Die Verarbeitung personenbezogener Daten („pD“) zu werbewirtschaftlichen Zwecken ist nach dem VO-E (s. Art. 6 VO-E, Erwägungsgrund 31) nur erlaubt, wenn dies mit Einwilligung der betroffenen Person geschieht oder auf einer gesetzlichen Rechtsgrundlage beruht.<sup>3</sup> Die Rechtsgrundlage muss sich aus dem VO-E selbst ergeben. Sie kann darüber hinaus auch – sofern in dem VO-E hierauf Bezug genommen wird – aus dem sonstigen EU-Recht folgen oder dem Recht der Mitgliedstaaten entstammen.

Nachfolgend wird untersucht, ob zentrale, bislang in Deutschland legitime und legale, werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle auf dieser Basis fortgeführt werden können.

### **a) Direktmarketing**

Die nachfolgend unter (aa) – (jj) aufgeführten Beispiele repräsentieren legitime und bislang branchenübergreifend auf Basis der gesetzlichen Erlaubnisnormen des BDSG legale werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle. Aus Vereinfachungsgründen wird dabei unterstellt, dass die nach geltendem deutschen Recht einschlägigen Unterrichtungspflichten gegenüber dem Betroffenen - bezogen auf die erstmalige Erhebung der Daten, ihre Speicherung oder Nutzung oder geschäftsmäßige Übermittlung<sup>4</sup> - und die Pflichten zur Ermöglichung von Widersprüchen (bei der Erhebung pD und der werblichen Ansprache<sup>5</sup>) erfüllt sind und kein Widerspruch des Betroffenen erfolgt ist.

Dies ist wichtig: Nach deutschem Datenschutzrecht ist die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen immer zu beachten, d.h. der Widerspruch gegen die Datenverarbeitung zu werblichen Zwecken ist stets verbindlich. Macht ein Betroffener von seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch Widerspruch Ge-

---

<sup>3</sup> Im Folgenden „gesetzliche Grundlage, gesetzliche Erlaubnisnorm“ genannt.

<sup>4</sup> Vgl. §§ 4 Abs. 3, 33 Abs. 1 BDSG

<sup>5</sup> Vgl. § 28 Abs. 4 S. 2 BDSG

brauch, dürfen pD in keinem der nachfolgend aufgeführten Fälle zu Zwecken der Werbung<sup>6</sup> verwendet werden.

Als gesetzliche Grundlage für Verarbeitung pD für Werbezwecke steht für das Direktmarketing einzig Art. 6 VO-E zur Verfügung.<sup>7</sup> Andere gesetzliche Erlaubnistatbestände, einschließlich der des nationalen Rechts, sind nach dem VO-E nicht gegeben. Die RL 95/46 wird aufgehoben (Art. 88 Abs. 1 VO-E). Die Erlaubnistatbestände des BDSG (§§ 28 ff BDSG) können nicht mehr herangezogen werden, da keine Bezugnahme hierauf in dem VO-E erfolgt und es somit beim Anwendungsvorrang der Bestimmungen der Verordnung bleibt.<sup>8</sup>

Zentrale gesetzliche Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitung zu werbewirtschaftlichen Zwecken ist die Interessenabwägungsklausel gemäß Art. 6 Abs. 1 f) VO-E.<sup>9</sup> Das Ergebnis der Anwendung von Art. 6 VO-E auf die Beispielsfälle findet sich im Anschluss an deren jeweilige Schilderung.

**(aa)** Werbung für eigene Angebote gegenüber Bestandskunden unter Verarbeitung von Listendaten (Zugehörigkeit zu einer Personengruppe, Berufs-, Branchen-, Geschäftsbezeichnung, Name, Titel, akademischer Grad, Anschrift, Geburtsjahr). Diese hat der Werbende selbst im Zuge rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse (z.B. Kaufvertrag) beim Betroffenen erhoben.

- Nach dem VO-E wäre dies unzulässig, da zwischen zulässiger Erhebung der Daten nach Art. 6 Abs.1b) VO-E und Weiterverarbeitung zwecks Werbung eine Zweckänderung im Sinne von Art. 6 Abs. 4 VO-E erfolgt. Mangels Verweis auf Art. 6 Abs. 1f) VO-E in Art. 6 Abs. 4 VO-E kann die Interessenabwägungs-

---

<sup>6</sup> Einschließlich der Marktforschung.

<sup>7</sup> Für Marktforschung ergeben sich die Zulässigkeitsanforderungen aus den Art. 5, 6 Abs. 2 VO-E und Art. 83 VO-E.

<sup>8</sup> Zum Verweis in Art. 20 Abs. 2b) VO-E auf die Bestimmungen des nationalen Rechts vgl. unter [...]

<sup>9</sup> Auf die so genannten „Grundsätze in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten“ nach Art. 5 VO, die nahezu ohne Ausnahmen/Grenzen neben den Rechtmäßigkeitsanforderungen nach Art. 6 VO-E zu beachten sind, wird hier nicht eingegangen. Die Bewertung erfolgt im Rahmen der Analyse der Verfahrensvorschriften.

klausel nicht angewandt werden, und zwar selbst dann wenn, so wie hier, kein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen ersichtlich ist.<sup>10</sup> Eine gesetzliche Erlaubnis zur Ermöglichung von Direktmarketing gegenüber Bestandskunden existiert nach dem VO-E demzufolge nicht mehr.<sup>11</sup>

**(bb)** Wie (aa), allerdings erfolgt die Erhebung der Listendaten im Zuge eines rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses (z.B. Anfrage durch Verbraucher, Gewinnspielteilnahme, Freundschaftswerbung).

- Nach dem VO-E ebenso unzulässig (s.o. unter a) ). Hinzu kommt: Weil Art. 6 Abs. 1b) rechtsgeschäftsähnliche Beziehungen als Grund zur Datenverarbeitung nicht anerkennt, sondern lediglich auf vorvertragliche Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen, abstellt, wird bereits die Erhebung der Daten erheblich eingeschränkt. Die weithin verbreitete und als legitim angesehene Freundschaftswerbung ist hiernach nicht mehr datenschutzkonform durchführbar.

**(cc)** Werbung für eigene Angebote unter Verarbeitung von Listendaten aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen (z.B. Adress-, Rufnummern- oder Branchenverzeichnisse).

- Die Interessenabwägungsklausel kommt in Betracht. Ob die Datenverarbeitung zulässig ist, lässt sich aber nicht sicher vorhersagen. Die Erhebung aus

---

<sup>10</sup> Dies hat weitreichende Konsequenzen: Die nach der RL 2005/29/EG und der RL 2002/58/EG bzw. den diese Vorgaben umsetzenden nationalen Gesetzen (§ 7 UWG) grundsätzlich zulässige (z.B. für schriftliche Werbung per Mailing) oder wenigstens unter spezifischen Voraussetzungen zulässige *Kontaktaufnahme* zu werblichen Zwecken (z.B. per E-Mail erfolgende Werbung, § 7 Abs. 3 UWG) wird hierdurch zugleich vollständig entwertet. Ohne Möglichkeit der Datenverarbeitung sind die nach der UCP-RL und dem UWG zur Verfügung gestellten Kommunikationskanäle nicht mehr nutzbar.

<sup>11</sup> Zwar deutet Erwägungsgrund 40 in eine andere Richtung, denn die Datenverarbeitung könne sich im Fall des Art. 6 Abs. 4 VO-E „auf einen anderen Rechtmäßigkeitsgrund stützen ...“, beispielsweise aus dem Unionsrecht“ – wozu auch Art. 6 Abs. 1f VO-E gehört. Angesichts des eindeutigen Wortlauts von Art. 6 Abs. 4 VO-E lässt sich dieses Ergebnis aber nicht durch Auslegung, sondern nur durch die Ergänzung von Art. 6 Abs. 4 VO-E herleiten.

allgemein zugänglichen Verzeichnissen wird im VO-E nicht erwähnt.<sup>12</sup> Dies kann so verstanden werden, dass die Verarbeitung von pD, die aus diesen Quellen stammen, nur aufgrund einer Einwilligung zulässig ist. Sofern man hingegen allgemein zugängliche Verzeichnisse als Quelle für die Datenerhebung im Rahmen von Art. 6 Abs. 1f) VO-E für zulässig erachtet, ist fraglich, ob dies zur Zulässigkeit der Verarbeitung von Listendaten schlechthin führt oder ob bestimmte Einschränkungen gelten (z.B. in Bezug auf die Art der Daten, Bereiche (Branchen) oder nach Art der allgemein zugänglichen Verzeichnisse). Hierfür spricht Erwägungsgrund 86, sichere Aussagen hierzu lassen sich jedoch nicht treffen. Hier droht also zumindest erhebliche Rechtsunsicherheit. Das Risiko der Rechtsunsicherheit darf jedoch schon angesichts der erheblichen Sanktionen, die der VO-E vorsieht (Art. 79 VO-E), nicht auf den Schultern der Unternehmen liegen. Zudem sind unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen in den einzelnen Mitgliedstaaten – je nach Rechtsanwendungspraxis der zuständigen Aufsichtsbehörden – zu befürchten. Das komplizierte Kohärenzverfahren (Art. 57 VO-E) wird diese Nachteile zumindest mittelfristig nicht ändern können. Die Überlegung, per Erlass eines delegated acts (Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Art 86 VO-E) zur Zulässigkeit der Verarbeitung von pD aus allgemein zugänglichen Quellen zu gelangen, erscheint ebenfalls unrealistisch: Die Ungewissheit, die Auslegung von Art. 6 Abs. 1f) VO-E in Bezug auf allgemein zugängliche Verzeichnisse betreffend, wird hierdurch nicht aufgehoben, sondern nur verschoben und mit weiteren Ungewissheiten aufgeladen. Art. 6 Abs. 5 VO-E spricht unbestimmt von „verschiedenen Bereichen und Verarbeitungssituationen“. Abgesehen von den grundsätzlich-rechtsstaatlichen Bedenken gegen diese Form der Blankettgesetzgebung, ist der Erlass von Rechtsakten nach Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Art. 86 VO-E also auch in praktischer Hinsicht nicht zielführend.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Eine Definition des allgemein zugänglichen Verzeichnisses fehlt. Dass der VO-E in anderem Zusammenhang, nämlich beim sog. Recht auf Vergessen (Art.17) an von der betroffenen Person veröffentlichte Daten anknüpft, führt im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter.

<sup>13</sup> Der VO-E sieht 44 Ermächtigungsgrundlagen für die Rechtssetzung nach den Art. 86, 62 VO-E vor. Basierend auf der Mitteilung der KOM im „Legislative Financial Statement“, S. 114, sind bis zu drei „implementing measures“ pro Jahr (mit bis zu 24-monatiger Konsultation) geplant. Folglich würde es nahezu 15 Jahre in Anspruch nehmen, sämtliche Ermächtigungsgrundlagen auszufüllen. Damit ist das

**(dd)** Wie (aa) und (bb) und (cc) unter Verarbeitung weiterer pD (Hinzuspeichern von Kriterien). Diese können aus dem rechtsgeschäftlichen / rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnis stammen, d.h. direkt beim Betroffenen erhoben worden sein („Was wurde gekauft“ / „Wofür hat sich der Verbraucher interessiert“). Sie können aber auch aus allgemein zugänglichen Quellen erhoben oder von gewerblichen Drittanbietern zur Verfügung gestellt werden.

- Dies wäre zukünftig größtenteils unzulässig: Für allgemein zugängliche Quellen bestehen erhebliche Zweifel, mithin Rechtsunsicherheit (s. cc). Für Daten, die aus einer rechtsgeschäftlichen / rechtsgeschäftsähnlichen Beziehung stammen, folgt die Unzulässigkeit aus den Erläuterungen unter (aa), (bb). Sofern die Daten von gewerblichen Drittanbietern zur Verfügung gestellt werden, ist zu beachten, dass der VO-E hierfür keinen Zulässigkeitstatbestand zur Verfügung stellt. Anders als die RL 95/46 können die Interessen Dritter, denen die Daten übermittelt werden sollen, nach dem klaren Wortlaut von Art. 6 Abs. 1f) VO-E nicht mehr berücksichtigt werden. Daran kann auch der Weg über Art. 6 Abs. 5 VO-E nichts ändern, denn nach der Ermächtigungsbefugnis können nicht weitergehende Erlaubnistatbestände kreiert werden, als nach der Verordnung selbst vorgesehen. Der Aspekt der Hinzuspeicherung ist indes sehr wichtig: Aus Listendaten alleine kann heutzutage keine betriebswirtschaftlich sinnvolle Zielgruppe (sei es im Hinblick auf Bestands-, sei es im Hinblick auf Neukunden) gebildet werden. Nicht ohne Grund hat die BDSG-Novelle 2009 diesem Umstand Rechnung getragen und diese Form der Datenverarbeitung ausdrücklich anerkannt.

---

Instrumentarium der Art. 62, 89 VO-E nicht geeignet, das politische Versprechen der KOM, mittels des Rechtsakts europaweit für Rechtsklarheit zu sorgen, zu verwirklichen. Dies gilt erst recht, wenn man beachtet, dass die Ermächtigungsgrundlagen auch eine wesentlich höhere Zahl von Rechtsakten ermöglichen (z.B. nach Bereichen und Verarbeitungssituationen). In anderen Rechtsbereichen, etwa im Zusammenhang mit der Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, hat sich bereits gezeigt, dass das Instrumentarium der abgeleiteten Gesetzgebung nicht geeignet ist, für Klarheit zu sorgen: Wesentliche Bereiche der Claims-Gesetzgebung (die übrigens ebenfalls auf dem Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt beruht) sind bis heute nicht operabel. Die VO ist am 1.7.2007 in Kraft getreten.



**(ee)** Werbung für eigene oder fremde Angebote unter Verarbeitung von Listendaten gegenüber natürlichen Personen im Hinblick auf ihre berufliche/unternehmerische Tätigkeit. Die Listendaten, insbesondere die berufliche Anschrift oder berufliche Funktionsbezeichnungen, können aus einem geschäftlichen Kontakt oder aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen stammen oder von einem anderen Unternehmen zur Nutzung zur Verfügung gestellt oder von einem gewerblichen Drittanbieter übermittelt worden sein.

- Da sämtliche zuvor geschilderte Verbote und Unsicherheiten auch hier bestehen, führt der VO-E auch in diesem wichtigen, weil normaler geschäftlicher Kommunikation entsprechendem Bereich, zu unverhältnismäßigen Einschränkungen: Die Nutzung allgemein zugänglicher Quellen ist auch hier mit allen geschilderten Unsicherheiten behaftet. Die Werbung gegenüber Bestandskunden, wenn also der geschäftliche Kontakt zu einem Bestandskunden geworden ist, ist wegen der starren Zweckbindung generell nicht erlaubt. Und schließlich wären auch die weiteren im geschäftlichen Bereich legitimen und bislang legalen Möglichkeiten zur werblichen Kommunikation nicht mehr eröffnet, insbesondere, wie nachfolgend dargelegt wird, die Bewerbung mittels transparenter Übermittlung. Die schriftliche Werbung im B2B-Bereich dagegen allein unter Nutzung von Daten zum Unternehmen (Abteilung/Standort) zu betreiben – dies läge außerhalb des Anwendungsbereichs der VO – wäre für Werbende und Umworbene vollkommen unangemessen und ineffizient.

**(ff)** Übermittlung von Listendaten zwecks Nutzung für Werbung für fremde (oder eigene) Angebote, wenn die Quelle der Daten vom Werbungtreibenden (im Werbeschreiben) offengelegt und die Übermittlung durch den Empfänger wie den Übermittler protokolliert wird („Transparente Übermittlung“).

- Auch diese Form der Datenverarbeitung wäre nach dem VO-E unzulässig, und zwar sowohl in Bezug auf die Bewerbung eigener, wie auch fremder Produkte, gegenüber Verbrauchern, wie auch im Geschäftsbereich. Wie bereits angesprochen, können die Interessen Dritter, denen die Daten übermittelt werden sollen, bei der Interessensabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1f) VO-E nach dem eindeutigen, von der RL 95/46 EG (s. Art. 7 f RL) abweichenden Wortlaut

der Vorschrift nicht berücksichtigt werden. Damit wird nicht nur der gesamte bislang auf § 29 BDSG beruhende Wirtschaftszweig (Adressverlage, Listbroker, Lettershops, Auskunftsteien) abgeschafft. Zugleich wären die Empfänger der Daten, mithin die Nutzer der im Rahmen der BDSG-Novelle 2009 als legitim und datenschutzpolitisch aner kennenswert eingestuften Verarbeitungsform, von einem sehr weitgehenden Kommunikationsverbot betroffen. Das ist die Gesamtheit der Werbungtreibenden in Deutschland und Europa. Die Auswirkungen wären volkswirtschaftlich fatal, zumal Branchen, wie die Papierindustrie und Druckereien, ebenfalls erheblich in Mitleidenschaft gezogen würden. Da die rechtsstaatlich problematischen und, wie oben geschildert, praktisch ineffizienten Rechtssetzungsbefugnisse nach Art. 6 Abs. 5 VO-E nicht weitergehende Zulässigkeitstatbestände als der VO-E selbst begründen können, besteht auch hier keine andere Möglichkeit, als den Entwurf selbst zu ergänzen.

**(gg)** Werbung für fremde Angebote im Wege der transparenten Nutzung von pD, d.h. Verarbeitung von Daten, die im Wege des Lettershop-, Listbroking-Verfahrens im Auftrag des Lsteigners für werbliche Zwecke Dritter (z.B. für Empfehlungs- oder Beipackwerbung) zur Verfügung gestellt werden. Der Werbungtreibende erfährt hier nur bei Antwort des Umworbenen dessen Daten. Der Verbraucher wird über die verantwortliche Stelle (= erstmalig erhebende Stelle) mit dem Werbeschreiben informiert.

- Auch diese Form notwendiger Kommunikation wäre zukünftig in weiten Teilen unzulässig, zumindest aber erheblicher Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Dies gilt unabhängig davon, dass hier keine Übermittlung von Daten im Sinne des VO-E stattfindet, sondern ein Dienstleister im Wege der Auftragsdatenverarbeitung (ADV) von der verantwortlichen Stelle, d.h. dem Unternehmen, das die Daten erhoben hat, beauftragt wird. Art. 6 Abs. 1 ist nach seinem klaren Wortlaut für jedwede Verarbeitung von Daten einschlägig, d.h. auch für die Nutzung durch die verantwortliche Stelle mittels Auftragsdatenverarbeiter im Interesse eines Dritten (des Werbungtreibenden). Das Ergebnis der Unzulässigkeit ergibt sich für weite Teile des Geschäftsmodells damit aus dem Vorstehenden: Das Unternehmen, das die Kundendaten, wie regelmäßig, im Rahmen einer Geschäftsbeziehung, erhoben hat, kann diese auch nicht unter Ein-

schaltung eines Auftragsdatenverarbeiters zur Verfügung stellen, weil es hierbei ebenso wie bei der Fallgestaltung (aa) zu einer Zweckänderung im Sinne von Art. 6 Abs. 4 VO-E kommt.<sup>14</sup> Hieran ändert auch die Transparenz, wie sie nach dem BDSG erforderlich ist, nichts, denn die Interessenabwägungsklausel stellt hierauf nicht ab. Unternehmen sind jedoch zur Neukundengewinnung darauf angewiesen, dass andere Unternehmen Kundendaten für Werbezwecke zur Verfügung stellen. Die BDSG-Novelle des Jahres 2009 hat dieses Faktum anerkannt; der VO-E negiert dies schlechterdings und führt damit faktisch ein weiteres Kommunikationsverbot von erheblicher Tragweite ein, ohne dass hierfür eine Rechtfertigung ersichtlich ist.

**(hh)** Fallgestaltungen unter (aa) - (gg), wenn die betroffenen Personen unter 18 Jahren sind.

- Art. 6 Abs. 1f) VO-E textiert eine im Vergleich zur RL 95/46 EG weitere Einschränkung, nämlich die für den privaten Bereich unwiderlegliche gesetzliche Vermutung, dass die Interessenabwägung gegen die Verarbeitung pD spricht, wenn Personen unter 18 Jahren betroffen sind. Hierdurch wird die Interessenabwägung für diesen Personenkreis abgeschafft – selbst wenn hierdurch Verarbeitungen verboten werden, die im überwiegenden Interesse dieses Personenkreises liegen. Bedeutung dürfte dies für die wenigen, nach obigen Ausführungen möglicherweise noch denkbaren Datenverarbeitungsvorgänge haben, weil diese dann für betroffene Personen unter 18 Jahren unzulässig sind. Zudem steht zu erwarten, dass die Bestimmung als Ausdruck einer gesetzlichen Wertung im Rahmen der Rechtssetzungsbefugnisse nach den Art. 6 Abs. 5, 86 VO-E, aber auch darüber hinaus, zum Zuge kommt, d.h. zu weiteren Verboten „für verschiedene Bereiche und Verarbeitungssituationen“ führt. Dies alles spricht gegen jedwede statische Altersgrenze. Sofern eine solche Grenze gezogen werden soll, muss diese an die Grenze des 13. Lebensjahres anknüpfen, da die Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit hiernach als gege-

---

<sup>14</sup> Für die sonstigen Datenquellen, die im Rahmen der transparenten Nutzung in Frage kommen, ergibt sich nichts anderes bzw. es besteht, wie zuvor dargelegt, erhebliche Rechtsunsicherheit.

ben angesehen werden kann und sich nur so Brüche im Verhältnis zu anderen Rechtsbereichen vermeiden lassen.

**(ii)** Tätigkeiten geschäftsmäßiger Anbieter (Listbroker, Adresshandel, Auskunftsteien), d.h. Erhebung und Speicherung von pD zum Zweck der Übermittlung zur werblichen Nutzung durch Dritte (Werbungtreibende) unter Wahrung der schützenswerten Interessen der betroffenen Person und nur insoweit, wie der Empfänger der pD diese legal weiterverwenden darf.

- Wie sich aus Vorstehendem ergibt, würden nahezu sämtliche bislang legalen Geschäftsmodelle geschäftlicher Anbieter durch den VO-E unzulässig. Die aufgezeigten Beschränkungen bei Art. 7 Abs. 1f), Abs. 4 VO-E schlagen hier durch: Da die Geschäftspartner dieses Wirtschaftszweigs, wie insbesondere unter (aa), (dd), (ff) und (gg) dargelegt, von den Dienstleistungen dieses Wirtschaftszweigs zu Zwecken der Werbung keinen Gebrauch mehr machen könnten, mithin also die gesamte deutsche Wirtschaft, werden die seit langem ausgeübten und von der BDSG-II Novelle anerkannten Tätigkeiten der betroffenen Unternehmen kassiert. Anders als das BDSG (§ 29 Abs. 1, S. 2, Abs. 2 S. 2 BDSG), stellt der VO-E keine gesetzliche Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitung durch die Unternehmen des Adresshandels zur Verfügung.

**(jj)** Anwendung mathematisch-statistischer Verfahren zur Gruppierung oder Auswahl von bestehenden (rechtmäßig erhobenen) Datenbeständen, z.B. Kundendaten. Das so genannte Werbescoring vermittelt Erkenntnisse, die eine effiziente Aussteuerung von Werbemitteln (z.B. Mailings) bewirken, mithin Streuverluste und unnötige Kostenbelastungen minimieren, ohne dass hierbei Interessen betroffener Personen in relevanter Weise berührt werden.

- Aufgrund der nicht allein für Internet-Sachverhalte einschlägigen Regelung in Art. 20 VO ist davon auszugehen, dass diese betriebswirtschaftlich notwendige Form der Datenverarbeitung zukünftig kaum mehr möglich wäre. Im Unterschied zu den nationalen Vorgaben (§ 28 b BDSG), nach denen Wahrscheinlichkeitswerte zur Bewertung des zukünftigen Verhaltens einer betroffenen Person nur dann besonderen Anforderungen unterliegen, wenn hieraus Ent-

scheidungen über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses resultieren, wozu das Werbescoring anerkanntermaßen nicht gehört, kommt es nach dem VO-E darauf an, dass die Maßnahme die Person „in maßgeblicher Weise beeinträchtigt“. Was dies bedeutet, ist unklar - außer, dass unter dem schillernden Begriff des „Profiling“ bereits jedwede tatsächliche Betroffenheit fallen kann.<sup>15</sup> Je nach Vorverständnis mag man hierunter etwa die Auswahl von Kundendaten für den Versand von adressierter (schriftlicher) Werbung fassen. Folge: Entsprechende Maßnahmen wären zukünftig nur noch auf Basis einer Einwilligung der betroffenen Personen möglich<sup>16</sup> - und damit faktisch abgeschafft<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Dies folgt aus der Erwähnung der „rechtlichen Wirkungen“ als erste Tatbestandsalternative nach Art. 20 Abs. 1 VO-E. Ungeachtet der bereits erwähnten Vorbehalte gegen Rechtsakte nach Art. 86 VO-E fällt auf, dass sich die Ermächtigung hierfür nach Art. 20 Abs. 6 VO-E nicht auf Absatz 1 bezieht, d.h. eine Klärung der Tatbestandsvoraussetzung „in maßgeblicher Weise beeinträchtigt“, wird entweder Thema des unpraktikablen Kohärenzverfahrens sein oder verbindlich erst durch den EuGH erfolgen können. Das Risiko der Rechtsunsicherheit darf auch hier – wie auch sonst - angesichts der unverhältnismäßigen Sanktionen (Art. 79 VO-E) aber nicht auf den Schultern der Unternehmen liegen.

<sup>16</sup> Sofern gemäß Art. 20 Abs. 2b) VO-E zur Zulässigkeit „einer Maßnahme nach Absatz 1“ auch auf Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten verwiesen wird, die diese ausdrücklich „gestatten“, stehen diese unter dem Vorbehalt „geeigneter Maßnahmen“ zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Personen. Was dies bedeutet, ist nicht klar bzw. soll nach Art. 20 Abs. 5 VO-E der Rechtssetzung durch die KOM nach Art. 86 VO-E überantwortet werden. Dass dies weder praktikabel noch wünschenswert ist, wurde bereits dargelegt. Für das Werbescoring ist der Rückgriff auf nationale Erlaubnistatbestände aber ohnehin verbaut, denn § 28 b BDSG ist wegen der Voraussetzung der *Vertragsrelevanz* keine Vorschrift, die als ausdrückliche Erlaubnisnorm im Sinne von Art. 20 Abs. 1, Abs. 2b) VO-E anzusehen ist. Folge: In diesem Bereich herrscht trotz Verweises auf das Recht der Mitgliedstaaten allein die Verordnung, die Zulässigkeitswertung des nationalen Gesetzgebers wird kassiert.

<sup>17</sup> Problematisch wäre dies auch deshalb, weil Art. 20 VO-E ohnehin nur in einem sehr mittelbaren Sinne mit dem Datenschutzrecht als Ausdruck des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in Verbindung steht, somit die Abwägung der beteiligten Grundrechtspositionen im privaten Bereich keine solche Regelung erfordert. Allenfalls im Hinblick auf das Merkmal „rechtliche Wirkungen“ kann ein Regelungsbedarf, vergleichbar § 28 b BDSG, bestehen.

### **Zusammenfassung:**

Für die aufgeführten zehn - bislang aufgrund gesetzlicher Erlaubnistatbestände in Deutschland legalen - Datenverarbeitungsprozesse der Werbewirtschaft besteht nach dem VO-E

- lediglich in einem Fall bzw. einer Unterfallgruppe,

nämlich sofern pD aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen verarbeitet werden, die Möglichkeit, auf Basis der gesetzlichen Erlaubnistatbestände des VO-E zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung zu gelangen. Sicher ist dies allerdings nicht; auch insofern besteht erhebliche Rechtsunsicherheit.

Angesichts des klaren Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen des VO-E lässt sich dieser Befund nicht durch Auslegung korrigieren. Soll am Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für die Datenverarbeitung festgehalten werden, ist es erforderlich, die Bestimmungen des VO-E zu ergänzen. Unverzichtbar hierbei: Art. 6 Abs. 4 VO-E sollte es ermöglichen, die Interessenabwägungsklausel anzuwenden, d.h. auf den gesamten Absatz eins von Art. 6 VO-E verweisen. Art. 6 Abs. 1f) sollte es in Anlehnung an die Formulierung der Richtlinie 95/46 ermöglichen, neben dem berechtigten Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen auch das Interesse eines Dritten, in dessen Interesse pD verarbeitet werden, zu berücksichtigen<sup>18</sup>. Art. 6 Abs. 1b) sollte auf rechtsgeschäftsähnliche Beziehungen ausgedehnt werden.

Erst hierdurch würde der durch Streichung von Art. 7 Abs. 2 Vorentwurf zum Ausdruck gekommenen Auffassung der Kommission Rechnung getragen. Zudem stünde dies im Einklang mit Art. 19 Abs. 2 VO-E, der – übereinstimmend zum deutschen Recht und der Richtlinie 95/46 – die Maßgeblichkeit eines Widerspruchs für die Ausübung der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen im Bereich Direktmarketing anerkennt.

Zudem sollte das Merkmal der „maßgeblichen Beeinträchtigung“ in Art. 20 VO-E und

---

<sup>18</sup> Entsprechende Änderungen sind bei Erwägungsgrund 38 angezeigt.

die starre Altersgrenze nach Art. 8 Abs. 1 VO-E i.V.m. Art. 7 Abs. 1f) gestrichen werden.

## b) Telemedien (Online-Werbung)

**(aa) Ausgangspunkt: Unüberschaubare Erweiterung der Definition pD:** Aufgrund der geänderten Definitionen der pD (Art. 4 (1), (2) VO-E) wird der Anwendungsbereich des Datenschutzrechts erheblich ausgedehnt. Verlässliche Grenzen sind hiernach nicht mehr ersichtlich. Die neue Definition gilt wegen Art. 88 Abs. 2 VO-E auch für sämtliche an pD anknüpfende Bestimmungen der E-Privacy-RL.<sup>19</sup>

pD sind nach dem VO-E alle Daten, die auf die Identifizierung einer natürlichen Person bezogen sein *können*. Das Hinzudenken von Umständen und Mitteln („...bestimmt werden kann...“) in Bezug auf die bereits ausreichende Identifizierbarkeit einer natürlichen Person ist dabei in einem extrem weiten Ausmaß möglich. Das Zusatzwissen und die potenziellen Erkenntnismöglichkeiten und -mittel potenzieller Dritter – auch soweit sie nur indirekt mit der Datenverarbeitung in Zusammenhang stehen - reichen aus, um ein Datum als zur Identifizierbarkeit einer natürlichen Person geeignet zu qualifizieren und damit den Verarbeitungsvoraussetzungen der Verordnung zu unterwerfen. Nicht die relative, auf die Mittel der verantwortlichen Stelle abstellende Bestimmbarkeit, sondern die absolute Bestimmbarkeit ist nach dem VO-E maßgeblich. Der einzige Vorbehalt, nämlich dass die Mittel nach „allgemeinem Ermessen und aller Voraussicht nach eingesetzt würden“, ist weitgehend unbestimmt, zumal es auch in dieser Hinsicht nicht darauf ankommen soll, ob hierbei ausschließlich auf die verantwortliche oder verarbeitende Stelle oder auch einen Dritten abgestellt wird. Die hieraus resultierende Rechtsunsicherheit darf - schon angesichts der unverhältnismäßig geschärften Sanktionen nach dem VO-E - nicht zu Lasten der Unternehmen gehen, zumal Wettbewerbsverzerrungen infolge unterschiedlicher Ausle-

---

<sup>19</sup> Damit wird die Aussage in der Konkurrenzregelung des Art. 89 VO-E, wonach die Verordnung für die „Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen“ unter bestimmten Bedingungen „keine zusätzlichen Pflichten auferlegt“ unzutreffend. Die auf pD bezogenen Vorgaben der RL 2002/85/EG werden bei Ausweitung des Begriffs und damit des Anwendungsbereichs der RL natürlich *unmittelbar* erweitert. Für die nationalen Umsetzungsgesetze (u.a. TMG) führt dies zu einem Anpassungsbedarf, zumindest aber zu einer weitreichenden Änderung der Lesart und Anwendung der Bestimmungen i.S. ihrer Ausweitung. Erweiterte Verpflichtungen der Unternehmen sind die unmittelbare Folge.



gungen der sich zur Anwendung der Verordnung berufen fühlenden Aufsichtsbehörden in den Mitgliedstaaten wahrscheinlich sind.<sup>20</sup>

Die Definition ist zudem ungeeignet, nach der Art der Daten zu unterscheiden. „Banales“ Informationen stehen „sensiblen“ gleich, Privates wird ebenso behandelt wie an die Öffentlichkeit gerichtete Angaben, die wiederum technischen Gerätenummern, Dateikennzeichnungen oder IP-Adressen gleichstehen.<sup>21</sup> Schließlich kommt es nicht darauf an, ob die Daten in Ausübung der grundrechtlich geschützten Informations-, Meinungs- und Kommunikations- oder Berufsausübungsfreiheiten zwischen Privatrechtssubjekten verarbeitet werden<sup>22</sup> oder ob die Datenverarbeitung im Bereich hoheitlicher Befugnisausübung angesiedelt ist. Der Anwendungsbereich des VO-E umfasst damit nahezu jedweden Umgang mit Informationen, und zwar im offline- wie auch im online-Bereich.

#### **(bb) Unzureichende Berücksichtigung von Datenverarbeitungsprozessen unter Einsatz von Pseudonymisierungs- oder Anonymisierungstechniken**

Der VO-E erwähnt in Erwägungsgrund 23 a.E., dass die Verordnung nicht für Daten gelten soll, die in einer Weise anonymisiert worden sind, dass die betroffene Person „nicht mehr identifiziert werden kann“. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist die Anonymisierung ebenso wie die Pseudonymisierung wünschenswert. Beides sollte daher auf keinen Fall beschränkt oder erschwert werden oder weitere Verpflichtungen auslösen. Andernfalls würde der Anreiz hierfür genommen. Der VO-E trägt dem nicht Rechnung: Wann eine Person nicht mehr identifiziert werden kann – hierauf kommt es

---

<sup>20</sup> Die one-stop-Regelung des Art. 51 VO-E ist bei näherer Betrachtung weit weniger leistungsfähig als behauptet wird: Es ist unklar, wer (und nach welchem Verfahren) über die gesetzliche Zuständigkeitszuweisung nach Art. 51 VO – einer auch unter Zuhilfenahme von Erwägungsgrund 27 VO-E nicht eindeutigen bzw. für bestimmte Fallgestaltungen lückenhaften Regelung – entscheidet. Konflikte sind damit vorprogrammiert. Um diese zügig aufzulösen, erscheint das komplizierte Verfahren nach Art. 57 ff VO-E nicht geeignet.

<sup>21</sup> Die Ausführungen in Erwägungsgrund 24 a.E. helfen in diesem Zusammenhang nicht nur nicht weiter, sondern sind selbst problematisch: Die Formulierung „... sind nicht zwangsläufig und unter allen Umständen“ sollte gestrichen werden, denn die dort erwähnten technischen Merkmale sind gerade nicht als solche personenbezogen.

<sup>22</sup> Wobei die werbliche Kommunikation vollumfänglich der Meinungsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 Grundrechtscharta der EU und Art. 5 GG unterfällt.

an - lässt sich nach der maßgeblichen Definitionsnorm keinesfalls sicher abschätzen, zumal die Anonymisierung nicht im verfügbaren Teil des VO-E behandelt wird. Folge: Unternehmen, die – oftmals nach Konsultation mit den zuständigen Aufsichtsbehörden – Technologien zur Anonymisierung einsetzen, haben keinerlei Rechtssicherheit. Die erwünschte Vorfeldwirkung des Datenschutzrechts, Daten anonym oder pseudonym zu verarbeiten, wird hierdurch konterkariert. Äußerst problematisch ist zudem, dass Art. 5 e) VO-E Unternehmen pD in einer Form zu speichern, die „Identifizierung der betroffenen Person ermöglicht“. Hierdurch wird der Anwendungsbereich der Verordnung massiv ausgedehnt.<sup>23</sup> Gründe hierfür sind nicht ersichtlich, zumal diese Vorgabe insbesondere zu Lasten von Anonymisierungen und dem damit verbundenen Schutz legitimer Interessen betroffener Personen geht. Der VO-E wirkt damit in eine seinen eigenen Zielsetzungen entgegengesetzte Richtung.<sup>24</sup>

**(cc) Auswirkungen:** Basierend auf dem Vorstehenden unterfallen nahezu alle Geschäftsmodelle im Bereich der digitalen Werbewirtschaft dem Verbotsprinzip des VO-E. Betroffen hiervon sind insbesondere

- die Auslieferung von digitalen Werbemitteln,<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Die RL 2002/58/EG enthält keine Art. 5 e) VO-E entsprechende Verpflichtung. Aufgrund der Beschränkungen der Konkurrenzregelung des Art. 89 VO-E („... keine zusätzlichen Pflichten auf, soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die das selbe Ziel verfolgen.“) ist davon auszugehen, dass damit auch die der Richtlinie unterfallenden Dienste Art. 5 e) VO-E zu beachten haben.

<sup>24</sup> Art. 10 VO-E soll diese Konsequenzen offenbar zurücknehmen. Zwar sind Unternehmen zwecks „bloßer Einhaltung einer Vorschrift der Verordnung“ nicht *verpflichtet*, „zusätzliche Daten“ zur Bestimmung der betroffenen Person einzuholen. Aus der Sicht der Unternehmen wird hierdurch aber lediglich Rechtsunsicherheit produziert, weil nicht klar ist, was wann gilt. Dies lädt zu Missbrauch geradezu ein.

<sup>25</sup> Online-Werbung ist regelmäßig nicht statisch in eine Webseite integriert, sondern wird aus verschiedenen Quellen an die anfragende IP-Adresse ausgeliefert. Dies übernehmen oftmals Dritte (Ad-Server-Dienstleister), insbesondere soweit der Telemedienanbieter (das werbefinanzierte Angebot) keine eigenen Ad-Server zur Verfügung hat. Folge: Dritte müssen, um die Werbemittel ausliefern zu können, die IP-Adresse verarbeiten.

- die Abrechnung und Kostenkontrolle bei der Online-Werbung (im Verhältnis zwischen Medien und Werbetreibenden/Agenturen) bei den für Internet-Werbung weithin verbreiteten Bezahlmodellen nach CPC, CPL, CPT,<sup>26</sup>
- die Überprüfung und das gesamte Controlling von Werbebuchungen („Erfolgskontrolle“),
- die (anbieterübergreifende) Mediadatenermittlung,<sup>27</sup>
- die verhaltens- und nutzungsbasierte Online-Werbung.<sup>28</sup>

**(dd)** Die von dem VO-E zur Verfügung gestellten gesetzlichen Erlaubnistatbestände des VO-E sind unzureichend, um die aufgeführten Geschäftsmodelle zu betreiben. Ob die Datenverarbeitung – bezogen auf die IP-Adresse oder andere technische Kennungen (z.B. Cookie-IDs) - in oben genannten Fällen zulässig ist, entscheidet sich anhand der Anwendung von Art. 6 VO-E. Die hierin abschließend aufgezählten Erlaubnistatbestände sind hierfür aber nicht geeignet. Auch die Beurteilung anhand der Interessenabwägungsklausel ist unbefriedigend. Es kann nicht rechtssicher ermittelt werden, ob obige Geschäftsmodelle hiernach zulässig wären. Überwiegend

---

<sup>26</sup> Online-Werbung wird oftmals nicht nach festen Preislisten vermarktet, sondern auf „Cost per-Basis“ bezahlt, d.h. der Kontakt mit dem Werbemittel (Click, Lead oder Transaktion) wird vergütet, nicht aber die bloße Auslieferung/Platzierung als solche. Diese Parameter müssen nachgewiesen werden, was in der Regel wiederum Drittunternehmen leisten, die den technischen/browserbezogenen Kontakt mit einem Werbemittel messen.

<sup>27</sup> Im Interesse der Klarheit und Wahrheit von Mediadaten sind technische Messungen über die Online-Nutzung unverzichtbar. Die Überprüfung und Ausweisung der Informationen zur Nutzung von über 1000 werbefinanzierten Telemedienangeboten übernimmt in Deutschland die IVW. Die online zugänglichen Publikationen der Einrichtung sind unverzichtbare Grundlage für die Erstellung von vergleichenden Reichweitenstudien und die Vermarktung und Preisbildung der Angebote. Zur Bedeutung der IVW vgl. <http://ivw.de/index.php?menuid=73>; zum anonymen Messverfahren vgl. <http://ivw.de/index.php?menuid=46>.

<sup>28</sup> Mittels (bislang als nicht personenbezogen einzustufender) statistischer Verarbeitung von Browsernutzungsdaten zur Bildung von Zielgruppensegmenten, an die die Online-Werbung ausgeliefert wird. Vgl. Hamburger Erklärung 2011, abrufbar unter <http://mediendialog-hamburg.de/contentblob/2912696/data/download-hamburger-erklaerung.pdf>.

wahrscheinlich ist dies nicht: Erwägungsgrund 39, der bestimmte Szenarien für eine zulässige Verarbeitung pD (bei Telemedien) nach der Abwägungsklausel thematisiert, spricht dafür, dass die Datenverarbeitung für die oben aufgeführten werbewirtschaftlichen Zwecke nicht über Art. 6 Abs. 1f) VO-E legitimiert werden soll. Daran können auch Rechtsakte nach Art. 6 Abs. 6, 86 VO-E nichts ändern, denn weitergehende Erlaubnistatbestände als der VO-E selbst sie vorsieht, sind hiernach nicht denkbar.

Hinzu kommt, dass Art. 6 Abs. 1f) VO-E auch aus anderen Gründen ungeeignet ist: Die Beschränkung der Abwägungsklausel infolge der Ausklammerung von Drittinteressen führt dazu, dass dieser Erlaubnistatbestand ausscheidet, wenn mehrere Unternehmen an der Datenverarbeitung beteiligt sind, ohne dass eine Auftragsdatenverarbeitung vorliegt oder praktisch machbar erscheint. Dies ist in den oben aufgeführten Konstellationen regelmäßig der Fall.<sup>29</sup> Ebenso ungeklärt ist, wie der Beschränkung der Interessenabwägungsklausel in Bezug auf Personen unter 18 Jahren bei Telemedien ohne log-in und Altersverifikation Rechnung getragen werden soll.

Vorstehendes Ergebnis ist besonders problematisch, weil – worauf schon hier hinzuweisen ist - auch der Erlaubnistatbestand der Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1a) VO-E zu keiner Entlastung aus Unternehmenssicht führen wird. Ebenso wie im Bereich des off-line Direktmarketing steht die Möglichkeit, eine Einwilligung betroffener Personen zu erlangen, einer Vielzahl von Unternehmen von vorneherein faktisch nicht zur Verfügung. Einwilligungen setzen einen unmittelbaren Kundenkontakt voraus. Eine Vielzahl werbefinanzierter Telemedienangebote und die hierfür tätigen Dienstleister (aus dem B2B-Bereich) haben diesen nicht und können diese Beziehung auch nicht aufbauen. Der VO-E ist insofern nicht wettbewerbsneutral ausgestaltet und führt zu Vorteilen insbesondere für diejenigen Telemedien, die auf Basis von log-in-Modellen be-

---

<sup>29</sup> Anders kann die Situation lediglich in Bezug auf Unternehmen zu beurteilen sein, die die gesamte technische Wertschöpfungskette, einschließlich eigener Ad-Server-Systeme, auf sich vereinen, etwa bei den großen US-amerikanischen Telemedien- oder e-commerce Anbietern. Hier mag sich die Lückenhaftigkeit des VO-E in diesem wichtigen Punkt nicht auswirken. Wettbewerbspolitisch ist dieser Befund allerdings problematisch.

reits in vertraglicher Beziehung mit Nutzern stehen oder diese unschwer aufbauen können.<sup>30</sup>

**(ee)** Die Konkurrenzregelung in Art 89 VO-E kann an diesem hinsichtlich seiner Auswirkungen potenziell dramatischen Befund - insbesondere für werbefinanzierte Telemedienanbieter ohne log-in-Geschäftsmodelle - nichts ändern. Zwar soll die Richtlinie 2002/58/EG hiernach bestehen bleiben. Art. 89 VO-E ist aus Sicht der Unternehmen jedoch aus einer Reihe von Gründen unbrauchbar.

- Nach allgemeiner Dogmatik können RL mangels normativer Wirkung nicht unmittelbar als Erlaubnisnorm zur Datenverarbeitung im privaten Bereich herangezogen werden. Erforderlich hierfür sind Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten. Die Konkurrenzregelung in Art. 89 Abs. 1 VO-E bezieht sich dem Wortlaut nach ausschließlich auf das Verhältnis der Verordnung zu der RL 2002/58, und zwar in Bezug auf Pflichten der Diensteanbieter („Diese Verordnung erlegt ... keine zusätzlichen Pflichten auf ...soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen“). An anderen Stellen des VO-E wird stattdessen ausdrücklich auf das Recht der MS Bezug genommen.<sup>31</sup> Damit droht die Regelung bereits vom Ansatz her zu kurz zu greifen. Erforderlich ist nicht (nur) ein Vorrang der RL 2002/58 vor der Verordnung, sondern die umfassende Sicherstellung des Vorrangs des auf der Richtlinie beruhenden (harmonisierten) nationalen Rechtsbestands vor der Verordnung, d.h. in Bezug auf die Vorgaben der Richtlinie<sup>32</sup> und den von ihr eingeräumten oder belassenen Möglichkeiten.<sup>33</sup> Dies muss unbedingt klargestellt werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass bestehende Erlaubnistatbestände für Telemedien – insbesondere soweit sie als genuines nationales Recht eingestuft werden sollten<sup>34</sup> - als Rechtsgrundlage zur Datenverarbeitung zu werbewirtschaftlichen Zwe-

---

<sup>30</sup> Z.B. soziale Netzwerke wie facebook oder Portalbetreiber wie Apple, Google, Amazon, eBay etc.

<sup>31</sup> Vgl. nur die Art. 8 Abs. 2, Art. 20 Abs. 2b), Art. 21 VO-E.

<sup>32</sup> Den in Art. 89 Abs. 1 VO-E erwähnten „... besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten“ natürlicher oder juristischer Personen.

<sup>33</sup> D.h. einschließlich etwaiger gesetzlicher Erlaubnisnormen des nationalen Rechts.

<sup>34</sup> Die Beurteilung obläge zunächst der uneingeschränkten Hoheit der nationalen Aufsichtsbehörden bzw. der KOM im Rahmen des komplizierten Kohärenzmechanismus.

cken ausscheiden bzw. aufgrund des Vorrangs der Verordnung unberücksichtigt bleiben.

Hierunter fallen z.B. § 15 Abs. 3, 5 S.3 TMG, mit der Folge, dass äußerst wichtige Erlaubnisnormen zur Verarbeitung von Nutzungsdaten für die o.g. Geschäftsmodelle nicht mehr zur Verfügung stünden. Konkret: Sofern bei der Datenverarbeitung zwecks Werbung, Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung eines Telemedienangebots Cookies eingesetzt werden, um unter Verwendung von Pseudonymen Nutzungsprofile zu erstellen, wäre dies zukünftig nicht mehr zulässig, da § 15 Abs. 3 TMG nicht mehr angewendet werden darf. Die anonyme Verarbeitung von cookie-Inhalten wäre hiernach zwar denkbar. Diese ist allerdings nach den Vorgaben des VO-E zum Begriff der pD mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, weil keine Klarheit besteht, wann von einer ausreichenden Anonymisierung nach dem VO-E ausgegangen werden kann und wie zugleich den Vorgaben nach Art. 5 e) VO-E Rechnung getragen werden kann.

- Die Bestimmungen der Richtlinie 2002/58/EG und (folglich auch) des Rechts der Mitgliedstaaten, die als Umsetzung derselben einzustufen sind, müssen aufgrund von Art. 88 Abs. 2 VO-E zukünftig unter Berücksichtigung der weitgehenden Modifikationen wichtiger Konzepte und Begriffbestimmungen durch den VO-E angewendet werden. Selbst wenn die oben skizzierten notwendigen Änderungen in Bezug auf die Konkurrenzregelung in Art. 89 Abs. 1 VO-E vollzogen werden sollten, verbleiben somit schwerwiegende Probleme, die adressiert werden müssen:
  - Nach den bereits geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und den diese umsetzenden nationalen Bestimmungen (des TMG) stellt die Einwilligung einen etablierten Rechtsgrund für die Verarbeitung pD (auch zu werbewirtschaftlichen Zwecken) dar.<sup>35</sup> Die formellen und materiellen Vorgaben für das Einwilligungserfordernis werden durch den VO-E erheblich ausgeweitet (s. Art. 4 (8); Art. 7 VO-E). Dies gilt wegen Art. 88 Abs. 2 VO-E auch für die der Richtlinie 2002/58/EG unterfallenden Telemedienangebote. Die Konkurrenzregelung nach Art. 89 Abs. 1 VO-E bezieht sich auf die durch Art. 88

---

<sup>35</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 3 S.1 der RL 2002/58/EG, umgesetzt durch § 12 Abs. 1, 2 TMG.

Abs. 2 VO-E geänderte Richtlinie. Verglichen mit den Vorgaben für eine Einwilligung nach der Richtlinie 95/46<sup>36</sup> und den speziellen Möglichkeiten, die die Richtlinie 2002/58/EG für den Erklärungsmechanismus der Einwilligung vorsehen,<sup>37</sup> sind die geänderten Wirksamkeitsvoraussetzungen nach dem VO-E für die oben aufgeführten Geschäftsmodelle nicht mehr darstellbar. Gerade das Erfordernis der Ausdrücklichkeit wird sich dabei zu Lasten derjenigen Unternehmen auswirken, die nicht auf log-in von Kunden beruhen. Ist zugleich davon auszugehen, dass der Einsatz von Speichertechnologien wie Cookies zu werbewirtschaftlichen Zwecken zukünftig immer als eine Verarbeitung pD anzusehen ist - was nach der geänderten Definitionsnorm des VO-E nicht mehr ausgeschlossen werden kann – bedarf es also nicht nur des Erhalts praktikabler gesetzlicher Erlaubnistatbestände.<sup>38</sup> Auch die Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Erlaubnisnorm der Einwilligung sind zu überarbeiten, um diese für die Online-Kommunikation praktikabel auszugestalten.

- Schließlich ist fraglich, ob die Konkurrenzregelung des Art. 89 Abs. 1 VO-E ausreicht, um die bei obigen Geschäftsmodellen oftmals mehrstufigen Verarbeitungsprozesse vollständig zu erfassen. Dem Wortlaut von Art. 89 Abs. 1 VO-E nach bezieht sich der „Output“ der Vorrangregelung („... keine zusätzlichen Pflichten ...“) auf die „besonderen in der Richtlinie festgelegten Pflichten, die dasselbe Ziel verfolgen“. Auch hier sind erhebliche Zweifel angebracht: Die Einschränkung im letzten Halbsatz von Art. 89 Abs. 1 VO-E ist eine vielfältigen Auslegungen zugängliche und damit der Rechtsunsicherheit Tür und Tor öffnende Formulierung. Sie sollte im Rahmen einer Konkurrenzregelung vermieden werden. Vor allem aber werden offenbar nur insofern „keine zusätzlichen Pflichten auferlegt“, als dass es – in der Terminologie der in Art. 89 Abs. 1 VO-E in Bezug genommenen RL

---

<sup>36</sup> Diese sind bislang auch für die Richtlinie 2002/58/EG maßgeblich.

<sup>37</sup> Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Erwägungsgrund 65 der Richtlinie 2002/58/EG.

<sup>38</sup> Die in Art. 5 Abs. 3 S 2 der RL 2002/58/EG eingeräumten Ausnahmeerlaubnisse und der hiermit in Übereinstimmung stehende Erlaubnistatbestand des § 15 Abs. 1 TMG bleiben nach Art. 89 Abs. 1 VO-E zwar unberührt, decken die hier diskutierten werbewirtschaftlichen Zwecke aber nicht ab.

2002/58/EG – um die „Speicherung von Informationen und den Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Nutzers gespeichert sind“, geht. Folge: Aufgrund des über diesen Tatbestand hinausgehenden Verarbeitungsbegriffs nach dem VO-E (s. Art. 4 (3) VO-E) können anschließende Verarbeitungsstufen allen sonstigen materiellen und formellen Vorgaben, die der VO-E vorsieht, unterliegen, insbesondere den Vorgaben nach Art. 20 VO-E.<sup>39</sup> Wegen des zu weit gefassten Tatbestands der Profilbildung in Gestalt des unbestimmten Tatbestandsmerkmals „oder sonstiger Weise beeinträchtigt“ würde der bislang leidlich ausbalancierte Standard der speziellen Richtlinie wieder ausgehebelt.

#### **Zusammenfassung:**

Ansichts der erheblich ausgeweiteten und nicht mehr im Voraus kalkulierbaren Erweiterung des Anwendungsbereichs des Datenschutzrechts durch Neudefinition des Begriffs der pD bei gleichzeitiger Nichtberücksichtigung bzw. widersprüchlicher Regulierung der anonymen/pseudonymen Datenverarbeitung durch den VO-E drohen nahezu sämtliche Vorgänge im Bereich der Online-Werbung vom Verbotsgrundsatz der VO-E erfasst zu werden.

Die für die Datenverarbeitung vom VO-E zur Verfügung gestellten gesetzlichen Erlaubnisnormen reichen nicht aus, um die Geschäftsmodelle fortzuführen.

Der Erlaubnistatbestand der Einwilligung ist insbesondere für die deutschen und europäischen Telemedienangebote, die (im Unterschied zu den großen US-amerikanischen Anbietern) nicht auf log-in Prozessen beruhen, keine brauchbare Alternative. Die Situation wird noch dadurch verschärft, dass der VO-E unpraktikable formelle und materielle Verschärfungen für die Wirksamkeit einer Einwilligung aufstellt, die die Mehrheit der Unternehmen nicht werden umsetzen können. Die Konkurrenzregelung für das Verhältnis zur Richtlinie 2002/58/EG ist auch und gerade in dieser Hinsicht praktisch wertlos.

---

<sup>39</sup> Art. 20 VO-E knüpft anders als Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG nicht an einen Endgerätebezug an, d.h. gilt für sämtliche automatisierten Datenverarbeitungsvorgänge schlechthin.



Vorstehende Befunde sollten berücksichtigt werden. Soll am Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für die Datenverarbeitung festgehalten werden, sind eine Reihe von Änderungen notwendig. Zentral dabei: Der Verweis in Art. 4 Abs. 1 VO-E („oder jede sonstige natürliche oder juristische Person“) sollte gestrichen und ebenso im Hinblick auf den Verweis in Erwägungsgrund 23 („oder einer anderen Person“) verfahren werden. Das gleiche gilt für das ausufernde Merkmal „indirekt“ in Bezug auf die Mittel zur Bestimmung einer Person. Lücken würden hieraus nicht resultieren, denn sobald diese Personen Daten erhalten und verarbeiten, unterliegen sie im Hinblick hierauf der Verordnung. Allein dies erscheint kalkulierbar und damit sachgerecht.

Zudem sollte im verfügenden Teil der Verordnung ausgedrückt werden, dass die pseudonyme oder anonyme Verarbeitung von Daten, einschließlich der Erstellung von hierauf beruhenden Zielgruppensegmenten nicht der Verordnung unterfällt – was die Einfügung einer entsprechenden Definitionsnorm (angelehnt an § 3 Abs. 6 BDSG) voraussetzt und bei der Definition des Begriffs der Datenverarbeitung (Art. 4 (3) VO-E) berücksichtigt werden sollte. Die in diesem Zusammenhang kontraproduktive Vorschrift des Art. 5 e) VO-E sollte gestrichen werden, der überschießende Regelungsanspruch von Art. 20 Abs. 1 VO-E in der Tatbestandalternative „oder in maßgeblicher Weise beeinträchtigt“ ebenso.

Zudem ist es angezeigt, die bereits für den Bereich des Direktmarketings dargelegten Änderungen für die gesetzlichen Erlaubnistatbestände (Art. 6 Abs. 1f), Art. 6 Abs. 4 VO-E) vorzunehmen, andernfalls keinerlei praktikable Erlaubnisnormen zur Finanzierung von Telemedienangeboten durch Werbung und deren Vermarktung mehr zur Verfügung stünden.

Die Verordnung sollte schließlich nicht zu Lasten der durch die RL 2002/58/EG eingeräumten speziellen Möglichkeiten für die Unternehmen gehen. Die Konkurrenzregelung in Art. 89 Abs. 1 VO-E sollte daher mit dem Ziel überarbeitet werden, den Vorrang des auf der Richtlinie 2002/58/EG beruhenden (harmonisierten) Rechtsbestands der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Vorgaben der Richtlinie und die von ihr eingeräumten oder belassenen Möglichkeiten klar anzuerkennen. Wichtige gesetzli-

che Erlaubnistatbestände wie § 15 Abs. 3, 5 S. 3 TMG müssen unbedingt weiter Geltung haben oder aber als Erlaubnisnormen des VO-E textiert werden.

Unabhängig von den hier nicht näher thematisierten notwendigen Änderungen in Bezug auf die Wirksamkeitserfordernisse der Einwilligung – Änderungen sollten diesbezüglich direkt bei Art. 4 (8) VO-E durch Streichung des Worts „explizit“ ansetzen<sup>40</sup> - müssen die Möglichkeiten, die die Richtlinie 2002/58/EG für den Erklärungsmechanismus der Einwilligung bei der Online-Kommunikation anerkennt, ungeschmälert und für den gesamten Datenverarbeitungsprozess geachtet und abgesichert werden. Die Konkurrenzregelung in Art. 89 VO-E selbst sowie die einschlägigen Erwägungsgründe 25<sup>41</sup> und 135<sup>42</sup> sollten zum Ausdruck bringen, dass die Verordnung die Möglichkeit unberührt lässt, die im Rahmen der Richtlinie 2002/58/EG erforderliche Einwilligung unter bestimmten Umständen über die Nutzung angemessener Einstellungen des Verbindungsgeräts oder einer anderen Anwendung auszudrücken.

---

<sup>40</sup> Entsprechend sollte bei Erwägungsgrund 25 verfahren werden.

<sup>41</sup> Zu Art. 4 (8) VO

<sup>42</sup> Zu Art. 89 VO-E wobei der Erwägungsgrund in der Sache bislang lediglich den Wortlaut der Bestimmung wiederholt, mithin kaum aussagekräftig ist.