



5. September 2023

**Stellungnahme des
Deutschen Dialogmarketing Verbandes e. V. (DDV)**

zum Referentenentwurf
(Bearbeitungsstand: 09.08.2023)

eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097), zuletzt durch Art. 10 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858; 2022 I 1045) geändert,

des Bundesministeriums des Innern und für Heimat.

Verteiler

- An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
 - Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages
 - Arbeitsgruppe Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
 - Arbeitsgruppe Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
 - Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
 - Bundesministerium der Justiz
 - Bundesministerium des Innern und für Heimat
 - An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer
 - Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern
-
- Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
 - Landesdatenschutzbeauftragte
-
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
 - Deutsche Industrie- und Handelskammer (DIHK)
 - Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH)
 - Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)
 - Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft (vbw)
 - Wirtschaftsrat der CDU
 - Bundesverband mittelständische Wirtschaft (BVMW)
 - Die Familienunternehmer
 - Branchenverband der deutschen Informations- und Telekommunikationsbranche (Bitkom)
 - Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW)
 - Verband der Internetwirtschaft (eco)
 - Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW)
 - Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV)
 - Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD)
 - Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD)
-
- Redaktion NJW
 - Frankfurter Allgemeine Zeitung
 - Süddeutsche Zeitung
 - Berliner Verlag GmbH
 - Der Tagesspiegel
 - Der Spiegel
 - Netzpolitik.org
 - Heise
 - LTO

Der Deutsche Dialogmarketing Verband (DDV) ist der größte nationale Zusammenschluss von Dialogmarketing-Unternehmen innerhalb der EU und gehört zu den Spitzenverbänden der Kommunikationswirtschaft in Deutschland. Als die treibende Kraft der Data Driven Economy repräsentiert der DDV Unternehmen, die Daten generieren oder für den professionellen datenbasierten und kundenzentrierten Dialog nutzen. Gemeinsam mit unseren Mitgliedern wollen wir substanzielle Mehrwerte durch individuelle Beziehungen zwischen Menschen, Marken und Unternehmen in einer vernetzten Welt schaffen. Schwerpunkte des Verbandsengagements sind politische Arbeit, Informationsaustausch, Qualitätssicherung und Nachwuchsförderung.

Zusammenfassung

Der DDV begrüßt die im Entwurf aufgegriffenen Punkte zur Schaffung von Kohärenz zwischen dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Allerdings weist er auf einige werberechtliche Missverständnisse hin, insbesondere im Zusammenhang mit dem so genannten Lettershop-Verfahren, die im bevorstehenden Gesetzgebungsprozess ausgeräumt werden sollten.

Der DDV schlägt vor, das Beispiel zur gemeinsamen Verantwortlichkeit im Lettershop-Verfahren aus der Kommentierung zu streichen. Er argumentiert, dass dieses Verfahren nicht als gemeinsame Verantwortlichkeit betrachtet werden sollte und die Nutzung von Datenbeständen für Werbezwecke Dritter nicht in die Definition fällt.

Des Weiteren schlägt der DDV vor, eine gesetzliche Regelung zur Speicherfrist für Auskunftsanfragen hinsichtlich der Empfänger von Daten vorzunehmen, um die bestehende Rechtsunsicherheit zu klären. Er bezieht sich auf die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und schlägt vor, ab wann eine Auskunftsanfrage über die Kategorien von Empfängern verweigert werden darf.

Schließlich spricht der DDV das Problem der doppelten Rechtswege (Zivil- und Verwaltungsrechtsweg) an und schlägt vor, die Möglichkeit der Aussetzung eines Rechtsweges unter Priorisierung des Zivilrechtsweges einzuführen, um parallele Verfahren zur selben Rechtssache zu vermeiden.

Insgesamt betont der DDV die Bedeutung praxisorientierter Lösungen und die Notwendigkeit, den Datenschutz im Einklang mit den aktuellen Entwicklungen und Entscheidungen, insbesondere des EuGH, anzupassen.

Im Einzelnen:

1. Art. 1 Nr. 13 („Nach § 40 wird folgender § 40a eingefügt:“)

a) Keine gemeinsam Verantwortlichen im Lettershop-Verfahren

Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte das Beispiel „Nutzung eigener Datenbestände für Werbezwecke Dritter“ als Anwendungsbeispiel einer gemeinsamer Verantwortlichkeit in der Kommentierung zu Art. 1 Nr. 13 („Nach § 40 wird folgender § 40a eingefügt“) gestrichen werden.

Die Nutzung von Datenbeständen für Werbezwecke Dritter wird in der Praxis als Lettershop-Verfahren bezeichnet. Im Rahmen dieses Verfahrens versenden Unternehmen an ihre eigenen Kontakte die Werbung von Dritten. Dies kann als Empfehlungswerbung erfolgen oder unter dem Briefkopf der Werbetreibenden. Die Werbetreibenden geben nur den Inhalt der Werbung vor, sind aber an der Verarbeitung der Daten der Adressaten nicht beteiligt. Die Unternehmen, die an ihre eigenen Kontakte Werbung versenden, werden als Adresseigner bezeichnet. Teilweise nutzen sie Dienstleister als Auftragsverarbeiter, um die Werbung zu versenden. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit für die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nicht ersichtlicht. Die in der Kommentierung erwähnten Urteile des EuGH betrafen in keinem Fall die Konstellation einer Auftragsverarbeitung. Ob der EuGH durch eine weite Auslegung des Konzepts der gemeinsamen Verantwortlichkeit den Anwendungsbereich der Auftragsverarbeitung einschränken würde, dürfte zweifelhaft sein. Die Dienstleister sind deshalb keine gemeinsamen Verantwortlichen.

Aber auch die Adresseigner und die Werbetreibenden sind keine gemeinsam Verantwortlichen. Der EuGH hat sich in den folgenden drei Urteilen mit der Frage befasst, wann bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten eine gemeinsame Verantwortlichkeit anzunehmen ist:

- Urteil vom 05.06.2018 - Az. [C-210/16](#) - Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (Fanpage)
- Urteil vom 10.07.2018 - Az. [C-25/17](#) - Tietosuojavaltuutettu (Zeugen Jehovas)
- Urteil vom 29.07.2019 - Az. [C-40/17](#) - Fashion ID GmbH & Co. KG (Fashion ID)

Alle drei Urteile betrafen Fragen zur Auslegung der Europäischen Datenschutzrichtlinie (DSR), die mit Wirkung zum 25. Mai 2018 aufgehoben wurde. Das Konzept der gemeinsamen Verantwortlichkeit wurde in der DS-GVO explizit geregelt (Art. 26 DS-GVO), bestand jedoch vorher schon. Insofern sind die Urteile weiterhin von grundsätzlicher Bedeutung, auch wenn sie nicht zur DS-GVO ergingen. Sie sind aber nicht Eins zu Eins auf die DS-GVO übertragbar. Die Gründe des EuGH für eine weite Auslegung unter der alten DSR bestehen unter der DS-GVO nicht fort. Die DS-GVO regelt nicht nur die gemeinsame Verantwortlichkeit, sie hat auch Schutzlücken der DSR geschlossen. Die Anwendbarkeit auf Unternehmen in Drittländern wurde auf Konstellationen erweitert, in denen betroffenen Personen in der Europäischen Union Waren oder Dienstleistungen angeboten werden. An einer solchen Regelung fehlte es unter der DSR im Fall „Google Spain“. Die Aufsichtsbehörden innerhalb der Europäischen Union sind zur Zusammenarbeit verpflichtet und für die Aufsicht über grenzüberschreitend tätige Unternehmen ist eine federführende Aufsichtsbehörde definiert. In den Fällen „Fanpage“ und „Fashion ID“ bestanden noch keine vergleichbaren Regelungen unter der DSR. Da diese Schutzlücken, die eine weite Auslegung unter der DSR rechtfertigten, nicht mehr bestehen, lässt sich die

Rechtsprechung des EuGH zur gemeinsamen Verantwortlichkeit nicht direkt auf die DS-GVO übertragen.

In den zitierten Urteilen vertrat der EuGH die Ansicht, dass der Begriff des Verantwortlichen in den konkreten Fällen im Interesse eines wirksamen Persönlichkeitsschutzes weit auszulegen war. In allen drei Fällen gab es jedoch spezifische Gründe für eine solche weite Auslegung. Vorausgegangen war den Entscheidungen ein Urteil vom 13. Mai 2014, in dem der EuGH eine weite Auslegung des Begriffs des Verantwortlichen vorgenommen hat, um „einen wirksamen und umfassenden Schutz der betroffenen Personen zu gewährleisten“ (Az. [C-131/12](#) - Google Spain und Google). Dieser Entscheidung wiederum ging ein Urteil vom 12. Juni 2011 voraus, das sich im Grundsatz für eine weite Auslegung europäischen Rechts aussprach, wenn ansonsten die „praktische Wirksamkeit“ der Regelung beeinträchtigt würde (Az. [C-324/09](#) - L'Oréal). Für die Auslegung des Konzepts der gemeinsamen Verantwortlichkeit stellt sich deshalb zuerst die Frage, ob sich die Urteile auf Fallgestaltungen übertragen lassen, in denen eine weite Auslegung nicht erforderlich ist, um die praktische Wirksamkeit des Schutzes zu gewährleisten. Das Konzept der gemeinsamen Verantwortlichkeit wird jedoch häufig weiter ausgelegt, als es zur praktischen Wirksamkeit der DS-GVO erforderlich ist.

Auf das Lettershop-Verfahren sind die Entscheidungen außerdem nicht übertragbar. Die „Fanpage“-Entscheidung betraf die Nutzung von Facebook-Seiten durch Unternehmen, bei denen die Unternehmen dauerhaft ihre Fanpage eingerichtet und gepflegt haben. Außerdem bekamen sie Rückmeldungen über die Nutzung der Fanpage. Der Sachverhalt liegt beim Lettershop-Verfahren anders, denn nach Vertragsschluss über die Werbemaßnahme liegt die Erfüllung des Vertrags nicht in der Hand des Werbetreibenden. Es gibt keine automatisierten Verfahren, die direkt vom Werbetreibenden gesteuert werden können. Die Phasen im Lettershop-Verfahren sind auf diese Weise klar getrennt, so dass nach den Grundsätzen der „Fashion ID“-Entscheidung eine gemeinsame Verantwortlichkeit ebenfalls ausscheidet.

Das Brandenburgische Oberlandesgericht fasst die Anforderungen nach der „Fashion ID“-Entscheidung zutreffend wie folgt zusammen:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten kann aus einem oder mehreren Vorgängen bestehen, von denen jeder eine der verschiedenen Phasen betrifft, die eine Verarbeitung personenbezogener Daten umfassen kann (EuGH, „Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW“, Urteil vom 29.07.2019 – C 40/17, BeckRS 2019, 15831, Rn. 72). Die Definition in Art. 4 Nr. 7 DSGVO legt dabei aber fest, dass die gemeinsame Verantwortung eine gemeinsame Entscheidung über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung voraussetzt. Für vor- oder nachgelagerte Vorgänge in einer Verarbeitungskette, für die eine Stelle weder den Zweck noch die Mittel festlegt, kann die verarbeitende Stelle nicht als verantwortlich angesehen werden (EuGH, Urteil vom

29.07.2019 – aaO Rn. 74).“ (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 26. Mai 2023, Az. 7 U 166/22, GRUR-RS 2023, 11534)

Der EuGH hat in der „Fashion ID“-Entscheidung nämlich bereits eine wichtige Einschränkung vorgenommen. Die gemeinsame Verantwortlichkeit soll sich auf den Vorgang oder die Vorgänge beschränken, für die der Verantwortliche tatsächlich über die Zwecke und Mittel mitentscheidet. All dies spricht dafür, dass die Erforderlichkeit einer weiten Auslegung einzelfallbezogen und unter Berücksichtigung der zusätzlichen Schutzmechanismen der DS-GVO zu beurteilen ist. Für das Lettershop-Verfahren scheidet das Konzept der gemeinsamen Verantwortlichkeit damit aus.

Sinn und Zweck des Lettershop-Verfahrens ist, dass keine datenschutzrechtliche Übermittlung von personenbezogenen Daten erfolgt. Deshalb sind die Dienstleister von den Adressgebern als Auftragsverarbeiter eingebunden. Auch die Werbetreibenden, denen die Adressen nicht übermittelt werden, sind nicht als gemeinsam Verantwortliche mit dem Adressgeber anzusehen. Zwar entscheidet der Werbetreibende darüber, dass an die selektierten Adressaten seine Werbung versendet wird. Dies erfolgt jedoch im Rahmen des Vertrages über die Durchführung einer Werbemaßnahme. Nach dem Vertragsschluss entscheiden allein die Adressgeber über deren Durchführung. Die Entscheidungsphasen im Lettershop-Verfahren sind auf diese Weise klar getrennt, so dass nach den Grundsätzen des Europäischen Gerichtshofs in der „Fashion-ID“-Entscheidung eine gemeinsame Verantwortlichkeit ausscheidet.

Diese Sichtweise wird auch der Rollenverteilung zwischen Adressgeber und Werbendem gerecht. Zudem ermöglichen die gesetzlichen Informationspflichten dem Betroffenen, seine Rechte - insbesondere sein Recht auf Auskunft, Berichtigung, Löschung (Art. 15-18 DS-GVO) sowie sein Widerspruchsrecht (Art. 21 DS-GVO) - ordnungsgemäß ausüben zu können.

b) Zuständige Aufsichtsbehörde gemeinsamverantwortlicher Unternehmen

Der Gesetzentwurf trifft in § 40a BDSG (neu) eine Regelung zu der Frage, welche Aufsichtsbehörde für gemeinsame Verantwortliche zuständig ist.

Im Text dieser Vorschrift werden die Begriffe „Anzeige“ und „Antrag“ verwendet. Ebenso wird der Begriff „Antrag“ in der Begründung („Satz 3 schafft Rechtssicherheit für die Fälle, in denen der Antrag beziehungsweise die nachweisenden Unterlagen zu unterschiedlichen Zeitpunkten bei den Aufsichtsbehörden eingehen“) benutzt. Da es jedoch keiner Entscheidung der Aufsichtsbehörden bedarf, sollte durchgehend das Wort „Anzeige“ verwendet und das Wort „Antragsstellung“ aus dem Gesetzestext gestrichen und in der Kommentierung nicht mehr verwendet werden

2. Vorschläge zur Nachbesserung des BDSG aufgrund aktueller Entscheidungen des EuGH

Der DDV hat bereits im Juni 2023 auf dringenden Handlungsbedarf hinzuweisen, der durch die aktuelle Rechtsprechung des EuGH entstanden ist.¹

a) Information über Empfänger

So schlägt der DDV zu der offen gelassenen Frage der **Speicherfrist** im Bereich „Auskunftspflicht“ auf Basis der aktuellen Rechtsprechung des EuGH vom 12. Januar 2023 ([C-154/21](#)) nach Art. 15 Abs. 1 Buchstabe c DS-GVO vor, ab wann eine Auskunftsanfrage hinsichtlich der Kategorien von Empfängern verweigert werden darf.

Der EuGH erkennt an, dass unter Art. 13 Abs. 1 Buchstabe e und 14 Abs. 1 Buchstabe e DS-GVO die Information über Kategorien Empfänger ausreichend ist. Unter Art. 15 Abs. 1 Buchstabe c DS-GVO sollten aber die konkreten Empfänger benannt werden, soweit dies mit angemessenem Aufwand möglich ist. Die Vorgaben des Urteils des Europäischen Gerichtshofs entsprechen der Praxis im Dialogmarketing. Wenn Adress- oder Selektionsdaten an Dritte übermittelt werden, dann werden die betroffenen Personen bereits im ersten Werbeschreiben nach Art. 14 DS-GVO hierüber informiert. Außerdem erhalten die betroffenen Personen auf Anfrage Auskunft nach Art. 15 DS-GVO darüber, an wen personenbezogenen Daten zu ihrer Person übermittelt wurden.

Offen lässt der Europäische Gerichtshof aber die für die Praxis wichtige Frage, für wie lange ein Unternehmen die konkreten Empfänger von Daten dokumentieren soll, um eine solche Auskunft geben zu können. Bisher werden die konkreten Empfänger im Bereich des Dialogmarketings häufig für ein Jahr gespeichert, um Auskunft geben zu können. Hinsichtlich der Speicherfrist besteht aber Rechtsunsicherheit.

Problematisch sind mit Blick auf die Speicherung von Daten allein zur Erfüllung potentieller Auskunftsansprüche die Grundsätze der Datenminimierung unter Art. 5 Abs. 1 Buchstabe c DS-GVO und der Speicherbegrenzung unter Art. 5 Abs. 1 Buchstabe e DS-GVO. Fraglich ist entsprechend, ob die Erforderlichkeit nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstaben b bis f DS-GVO gegeben ist, wenn die Daten allein für die Möglichkeit eines Auskunftsbegehrens gespeichert werden. Dabei ist auch Art. 11 Abs. 1 DS-GVO zu berücksichtigen, denn dort wird ausdrücklich geregelt, dass der Verantwortliche nicht verpflichtet ist, die Identifizierung einer Person (hier die Identifizierung an wen personenbezogene Daten dieser Personen übermittelt wurden) nur zum Zwecke der Einhaltung der DS-GVO zu speichern. Der Europäische Gerichtshof scheint aber

¹ Siehe auch [Initiativstellungnahme des DDV vom 12. Juni 2023](#) zum Bericht des Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat zur Evaluierung des Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680.

vorauszusetzen, dass die Speicherung der konkreten Empfänger rechtmäßig erfolgen kann. Unklar bleibt, für wie lange eine solche Speicherung erfolgen darf.

Aus Sicht des DDV wäre eine gesetzliche Regelung zu der Frage sinnvoll, ab wann keine Auskunft über die konkreten Empfänger mehr erteilt werden muss. Dies würde die vom Europäischen Gerichtshof offen gelassene oder übersehene Frage der Speicherfrist klären. Der DDV schlägt deshalb die Regelung darüber vor, ab wann eine Auskunftsanfrage hinsichtlich der Kategorien von Empfängern verweigert werden darf. Dieser Zeitpunkt würde die Erforderlichkeit der Speicherung für Zwecke der Erteilung der Auskunft definieren.

Zur Umsetzung könnte beispielsweise § 34 Abs. 1 BDSG um eine neue Ziffer 3 wie folgt ergänzt werden:

"3. und soweit das Auskunftersuchen auf die Information über die Empfänger von Daten gerichtet ist und die Offenlegung der Daten mehr als ein Jahr zurückliegt."

b) Doppelter Rechtsweg

Darüber hinaus nimmt sich der DDV hinsichtlich **doppelter Rechtswege** (Zivil- und Verwaltungsrechtsweg) des weiteren Urteils des EuGH vom 12. Januar 2023 ([C-132/21](#)) an und schlägt die Möglichkeit der Aussetzung eines Rechtsweges unter Priorisierung des Zivilrechtsweges vor, um parallele Verfahren zur selben Rechtssache zu vermeiden.

Zur Geltendmachung von Betroffenenrechten wird zuerst parallel eine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde und eine Klage vor dem Zivilgericht eingereicht. Wenn die Aufsichtsbehörde keinen Rechtsverstoß feststellen kann, erfolgt eine Klage vor dem Verwaltungsgericht. Beide Verfahren werden dann gleichzeitig fortgeführt, denn damit ergeben sich zwei Chancen für die Kläger. Dies hält der Europäische Gerichtshof grundsätzlich für zulässig.

Das Phänomen der parallelen Geltendmachung ist in der Praxis jedoch mit starken Belastungen für die Aufsicht, Justiz und die betroffenen Verantwortlichen verbunden. Grundsätzlich versucht deshalb das Verfahrensrecht solche Doppelbelastungen zu vermeiden.

Der EuGH räumt den Mitgliedstaaten aber einen Handlungsspielraum ein: *"Im Einklang mit dem Grundsatz der Verfahrensautonomie obliegt es den Mitgliedstaaten, die Modalitäten des Zusammenspiels dieser Rechtsbehelfe zu regeln, um die Wirksamkeit des Schutzes der durch diese Verordnung garantierten Rechte, die gleichmäßige und einheitliche Anwendung ihrer Bestimmungen sowie das in Art. 47 der Charta*

niedergelegte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht zu gewährleisten."

Um das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf zu wahren, darf der Rechtsweg nicht vollständig ausgeschlossen werden. Art. 81 DS-GVO enthält eine solche Lösung für den Fall, dass in verschiedenen Mitgliedstaaten gleichzeitig Klagen anhängig werden. Ausgehend davon, dass dies unter dem europäischen Rechtsschutzprinzip ein akzeptables Muster sein müsste, schlägt der DDV vor, diese Lösung im nationalen Recht entsprechend zu spiegeln, um parallele Verfahren zur selben Rechtssache zu vermeiden. Die Mechanik könnte auch hinsichtlich der parallelen Befassung durch verschiedene innerstaatliche Aufsichtsbehörden genutzt werden. Die Rechtsfolge wäre die Möglichkeit der Aussetzung, wobei der DDV eine Priorisierung des Zivilrechtswegs empfiehlt. Dies wäre auch deshalb von Vorteil, weil dann zugesprochene Schadensersatzansprüche bei der Beurteilung der Höhe eines Bußgeldes mit berücksichtigt werden könnten.

Zur Umsetzung könnte beispielsweise § 20 Abs. 3 BDSG wie folgt um einen zweiten Satz ergänzt werden:

„Ist ein Verfahren zu demselben Gegenstand in Bezug auf die Verarbeitung durch denselben Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter vor einem Zivilgericht in Deutschland anhängig, so kann das Verwaltungsgericht das bei ihm anhängige Verfahren aussetzen.“

Kontakt bei weiteren Fragen:

Daniela Henze, Leiterin Public Affairs und des Hauptstadtbüros
Französische Straße 12, 10117 Berlin, d.henze@ddv.de, +49 30 509 3209-33

Rechtsanwalt (Syndikus) Franz Peter Altemeier, Leiter Recht
Französische Straße 12, 10117 Berlin, fp.altemeier@ddv.de, +49 30 509 3209-44

www.ddv.de