

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
18. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
18/1719**

Alle Abgeordneten

verbraucherzentrale

Nordrhein-Westfalen

RECHTSVERBINDLICHKEIT SCHAFFT KEINE RECHTSSICHERHEIT

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses anlässlich eines Antrags der NRW Landtagsfraktion der FDP vom 16.01.2024, Drucksache 18/7759

Datenschutzrecht in Deutschland entbürokratisieren und Rechtssicherheit schaffen – den Beschlüssen der Datenschutzkonferenz muss eine rechtsverbindliche Wirkung zukommen

29. August 2024

Impressum

*Verbraucherzentrale
Nordrhein-Westfalen e.V.*

*Bereich Markt und Recht
Gruppe Verbraucherrecht*

*Mintropstraße 27
40215 Düsseldorf*

verbraucherrecht@verbraucherzentrale.nrw

INHALT

I. ZUSAMMENFASSUNG	3
II. EINLEITUNG	4
1. Datenschutz ist Verbraucherschutz	4
2. Rechtsdurchsetzung durch die Verbraucherzentrale NRW	4
3. Berücksichtigung der Auslegungshilfen der DSK	5
III. UNSERE POSITIONEN IM EINZELNEN	6
1. Zum Ziel der Rechtssicherheit	6
1.1 Anfängliche „DS-GVO-Rechtsunsicherheit“ schwindet durch Rechtsprechungspraxis	6
1.2 Gewisse Abstraktionshöhe ist Beschlüssen immanent	7
1.3 Erfahrungen der Verbraucherzentrale NRW mit Beschlüssen der DSK	7
Verfahren zum Gastzugang im Online-Handel.....	8
Verfahren zur Übermittlung von Positivdaten an Auskunftfeien.....	9
Differenzierte Einzelfallbewertungen weiterhin nötig.....	9
2. Zum Ziel der Entbürokratisierung.....	10
Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde abschließend geregelt	10
Bürokratie darf nicht zur Absenkung des Datenschutzes instrumentalisiert werden....	10
3. Spezifizierung von Regelungsgegenstand und Bindungswirkung	10
3.1 Auslegungsinstrumente der DSK.....	10
3.2 Bedeutung der Verbindlichkeit	11
4. Organisatorische Stärkung der DSK zur Erleichterung der Abstimmungsprozesse.	11
5. Zur Notwendigkeit einer Grundgesetzänderung.....	12

I. ZUSAMMENFASSUNG

Die Stellungnahme bezieht sich auf den Antrag der Fraktion der FDP im Landtag NRW vom 16.01.2024, Drucksache 18/7759, „*Datenschutzrecht in Deutschland entbürokratisieren und Rechtssicherheit schaffen – den Beschlüssen der Datenschutzkonferenz muss eine rechtsverbindliche Wirkung zukommen*“.¹ Die Verbraucherzentrale NRW fasst die aus Verbraucherperspektive wesentlichen Aspekte wie folgt zusammen:

- Die Verbraucherzentrale NRW **unterstützt grundsätzlich die Bestrebungen nach einer bundeseinheitlichen Anwendung und Durchsetzung des Datenschutzrechts. Die Statuierung der Rechtsverbindlichkeit von Beschlüssen ist innerhalb gewisser Grenzen dazu geeignet, dieses Ziel zu erreichen.** Grenzen liegen aus Erfahrungen der Verbraucherzentrale NRW unter anderem darin, dass bundesweit verbindliche Auslegungshilfen aufgrund ihrer immanenten Abstraktionshöhe weiterhin auslegungsbedürftig wären und in letzter Konsequenz durch die ohnehin ungebundenen Gerichte auf den konkreten Einzelfall angewandt werden müssten.
- Ergänzend zu einer Statuierung der Rechtsverbindlichkeit der DSK-Beschlüsse wären flankierende **Vorgaben zweckmäßig, welche die Abstimmungsprozesse innerhalb der DSK leiten und konkretisieren. Zwingend notwendig ist eine Festlegung, für welche Fälle welches Auslegungsinstrument (Beschluss, Orientierungshilfe, Stellungnahme, etc.) zur Verfügung steht und für welches der vorhandenen Auslegungsinstrumente die Rechtsverbindlichkeit** (im Sinne einer Selbstbindung der Aufsichtsbehörden) **gelten soll.** Wenn etwa nur für Beschlüsse der DSK die Rechtsverbindlichkeit statuiert wird, droht bei divergierenden Auffassungen der jeweils unabhängigen DSK-Mitglieder möglicherweise die „Flucht“ in die unverbindliche Orientierungshilfe.
- Die internen Abstimmungsprozesse zu den durchaus komplexen Rechtsfragen unter den jeweils unabhängigen **DSK-Mitgliedern müssen auch organisatorisch unterstützt werden.** Die Verbraucherzentrale NRW befürwortet daher, im Rahmen der formellen Institutionalisierung im laufenden Gesetzgebungsverfahren zum Bundesdatenschutzgesetz **die DSK mit einer ständigen Geschäftsstelle auszustatten**, um die Abstimmungsprozesse der DSK insgesamt effizienter zu gestalten.
- Wir regen darüber hinaus an zu prüfen, inwieweit die verfolgten Ziele – alternativ zur Grundgesetzänderung – auch durch eine staatsvertragliche Lösung erreicht werden können.

¹ Der Antrag der FDP ist abrufbar unter: <https://fdp.fraktion.nrw/sites/default/files/resolutions/2024-01/MMD18-7759.pdf>.

II. EINLEITUNG

Die Fraktion der FDP im Landtag NRW hat am 16.01.2024 einen Antrag zur Entbürokratisierung des Datenschutzrechts und zur Schaffung von Rechtssicherheit vorgelegt, verbunden mit dem Ziel, den Beschlüssen der Datenschutzkonferenz rechtsverbindliche Wirkung zukommen zu lassen und zu diesem Zweck eine Grundgesetzänderung über den Bundesrat anzuregen.

Die Verbraucherzentrale NRW begrüßt und nutzt die Gelegenheit zur Stellungnahme, um die aus ihrer Sicht wichtigsten Aspekte für eine konstruktive Diskussion vorzutragen.

1. DATENSCHUTZ IST VERBRAUCHERSCHUTZ

Die Verbraucherzentrale NRW hat satzungsgemäß die Aufgabe, die Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher wahrzunehmen. Aspekte des Datenschutzes, insbesondere im Bereich der Betroffenenrechte, spielen im zunehmend digitalisierten Verbraucheralltag eine immer größere Rolle. Verbraucher:innen zahlen für Waren und Dienstleistungen mit ihren Daten, die dadurch selbst zur Ware werden. Anbieter müssen deshalb transparent und rechtmäßig mit den Daten der Verbraucher:innen umgehen.

2. RECHTSDURCHSETZUNG DURCH DIE VERBRAUCHERZENTRALE NRW

Die Datenschutz-Grundverordnung (im Folgenden: „DS-GVO“) ist in § 2 Abs. 2 Nr. 13 des Gesetzes über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG) explizit als Verbraucherschutzgesetz aufgeführt. Zugleich sind wir gemäß § 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) berechtigt, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche wegen unzulässiger geschäftlicher Handlungen geltend zu machen, die in der Verletzung des Datenschutzrechts als Marktverhaltensnorm begründet sind. Daher setzen wir in außergerichtlichen und gerichtlichen Verfahren verbraucherrelevanten Datenschutz durch.²

In der Vergangenheit haben wir in diversen Verfahren sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich wichtige Erfolge zum Schutz der Verbraucherrechte erzielen können und dadurch auch zu einem Mehr an Rechtssicherheit beigetragen. Dazu zählen etwa:

- Unser Verfahren zum Facebook „Like-Button“³, das im Rahmen der Berufungsinstanz zu einem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH zur Frage der gemeinsamen Verantwortlichkeit bei der Einbindung von Social Media-Plugins auf Webseiten führte⁴;

² Zu diesem Zweck ist die Verbraucherzentrale NRW beim Bundesamt für Justiz in die Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen. Die Liste ist abrufbar unter: https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Verbraucherschutz/Liste_qualifizierter_Einrichtungen.pdf?__blob=publicationFile&v=41.

³ LG Düsseldorf, Urteil vom 9.03.2016, Az. 12 O 151/15; das Landgericht Düsseldorf hatte der Beklagten untersagt, den "Gefällt-mir Button" von Facebook nicht ohne Einwilligung der betroffenen Seitenbesucher und ohne Angabe über Zweck und Funktionsweise des Buttons auf ihren Webseiten zu integrieren. Das Urteil des LG Düsseldorf wurde rechtskräftig, nachdem die Beklagte die Berufung im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 29.7.2019, Az.: C-40/17 – *Fashion ID*, zurückgenommen hatte.

⁴ EuGH, Urteil vom 29.7.2019, Az.: C-40/17 – *Fashion ID*.

- Unser Verfahren zum Cookie-Banner der Google-Suchmaschine, bei dem die die Ablehnung nicht notwendiger Cookies erheblich aufwändiger war als die Erteilung einer umfassenden Zustimmung. Infolge der Klageerhebung hat die Beklagte das Design des Cookie-Banners für eine der meistgenutzten Suchmaschinen angepasst⁵;
- Ein weiteres Verfahren zum Internetauftritt wetteronline.de klärte die Frage, ob eine Schaltfläche zum Schließen eines Cookie-Banners, die mit einem „X“ und „Akzeptieren und Schließen“ beschriftet ist, zulässig ist,⁶
- Unsere (noch andauernden) Verfahren zur Klärung der Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten beim Aufruf einer Webseite an Server von Google in den USA⁷;
- Mehrere Verfahren zur Klärung der Zulässigkeit der Übermittlung sog. Positivdaten durch Telekommunikationsunternehmen an Auskunftsteien wie die Schufa⁸;
- Und ein aktuell laufendes Verfahren gegen die Meta Platform Ireland Limited vor dem OLG Köln, bei dem es um die Rechtmäßigkeit der Einführung des sog. „pay-or-ok“-Modells bei Facebook und Instagram geht.⁹

Die private Rechtsdurchsetzung durch qualifizierte Verbraucherschutzverbände ergänzt somit die behördliche Durchsetzung des Datenschutzrechts.

3. BERÜCKSICHTIGUNG DER AUSLEGUNGSHILFEN DER DSK

Erreichen die Verbraucherzentrale NRW Beschwerden betroffener Verbraucher:innen oder erhalten wir Kenntnis von einem etwaigen Verstoß gegen den Verbraucherdatenschutz, so ziehen wir bei der rechtlichen Bewertung des jeweiligen Sachverhalts die behördlichen Auslegungshilfen der DSK heran.

Hierzu zählen etwa die Hinweise der DSK zum datenschutzkonformen Online-Handel mittels Gastzugang (vgl. hierzu die weiteren Ausführungen unter III.1.3.), der Beschluss der DSK zur Verarbeitung von Positivdaten von Privatpersonen aus Verträgen über Mobilfunkdienste und Dauerhandelskonten durch Auskunftsteien (vgl. hierzu ebenfalls

⁵ Das LG Berlin (Az. 52 O 79/22), hat das Verfahren für erledigt erklärt, nachdem die Beklagte die geforderte Unterlassungserklärung im gerichtlichen Verfahren abgegeben hat.

⁶ Das OLG Köln, Urteil vom 19.01.2024, Az. 6 U 80/23, bewertete die Gestaltung des Cookie-Banners für unzulässig.

⁷ Vgl. hierzu die Pressemeldung der Verbraucherzentrale NRW unter: <https://www.verbraucherzentrale.nrw/urteilsdatenbank/digitale-welt/klauselkontrolle-bei-cookiebannern-und-drittstaatenstransfer-83922>; das Revisionsverfahren beim BGH wird unter dem Az. VI ZR 375/23 geführt.

⁸ Das LG München I, Urteil vom 25.04.2023, Az. 33 O 5976/22 (nicht rechtskräftig) gab der Klage der Verbraucherzentrale NRW statt und untersagte der Beklagten die Übermittlung ohne wirksame Einwilligung; auch das OLG Köln, Urteil vom 3.11.2023, Az. 6 U 58/23) bewertete die Übermittlung aufgrund überwiegender Interessen der Verbraucher:innen als rechtswidrig, der Unterlassungsantrag war jedoch zu weit gefasst; das LG Düsseldorf, Urteil vom 6.03.2024, Az. 12 O 128/22 (nicht rechtskräftig), hingegen sah in der Übermittlung von Positivdaten ohne Einwilligung keinen Verstoß, die Berufung ist am OLG Düsseldorf rechtshängig unter dem Az. I-20 U 51/24.

⁹ OLG Köln, Az. 15 UKI 1/24.

die näheren Ausführungen unter III.1.3.) oder die Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021).¹⁰

Das mit dem Antrag verbundene Ziel einer möglichst einheitlichen Anwendung des Rechts ist daher auch im ureigenen Interesse der Verbraucherzentrale NRW, nicht zuletzt um eine konsistente Anwendung des Rechts zu erreichen.

Die Verbraucherzentrale NRW begrüßt die Bestrebungen, Rechtssicherheit bei der Anwendung und Durchsetzung des Datenschutzrechts durch eine bundeseinheitliche Auslegungspraxis herbeizuführen.

III. UNSERE POSITIONEN IM EINZELNEN

Für ein hohes Maß an Rechtssicherheit bei der Anwendung und Durchsetzung des Datenschutzrechts dürfte es auf den ersten Blick zweifellos förderlich sein, wenn den Beschlüssen der DSK im nicht-öffentlichen Bereich eine rechtsverbindliche Wirkung zukäme, wie dies im Antrag der Fraktion der FDP gefordert wird.

Ob eine gesetzliche Statuierung der Rechtsverbindlichkeit der Beschlüsse der DSK in der Praxis den erhofften Mehrwert an Rechtssicherheit und Entbürokratisierung schaffen kann, ist aus Sicht der Verbraucherzentrale NRW jedoch nicht ohne weiteres zwingend. Unsere Überlegungen möchten wir im Folgenden näher ausführen.

1. ZUM ZIEL DER RECHTSSICHERHEIT

Eines der mit dem Antrag der FDP-Fraktion verfolgten Ziele ist das Schaffen von Rechtssicherheit bei der Anwendung der Datenschutzgesetze. Im Fokus stehen dabei insbesondere Rechtsunsicherheiten seit Geltung der DS-GVO.

1.1 Anfängliche „DS-GVO-Rechtsunsicherheit“ schwindet durch Rechtsprechungspraxis

Die Verbraucherzentrale NRW teilt die Einschätzung, dass das Wirksamwerden der DS-GVO im Mai 2018 zu zahlreichen Auslegungsfragen und in der Folge zu einer gewissen Rechtsunsicherheit geführt hat. Eine solche Rechtsunsicherheit ist jedoch neuen Gesetzen immanent, insbesondere wenn ein so komplexes Recht wie das Datenschutzrecht auf ein EU-weit einheitliches Niveau gebracht werden soll. Hinzu kommt, dass die Verordnung zahlreiche auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe sowie „Öffnungsklauseln“ enthält, die es den nationalen Gesetzgebern ermöglichen, die in der DS-GVO enthaltenen Regelungen weiter zu präzisieren. Gesetzliche Kodifikationen ge-

¹⁰ Diese Orientierungshilfe befasst sich insbesondere mit den Regelungen des § 25 TTDSG, nunmehr § 25 TDDDG, zu sog. Cookies; die Verbraucherzentrale NRW hat diverse Verfahren sowohl außergerichtlicher als auch gerichtlicher Art gegen Anbieter digitaler Dienste (ehem. sog. Telemedienanbieter) geführt und sich dabei argumentativ auch auf die OH Telemedien 2021 gestützt, vgl. etwa das Verfahren gegen die WetterOnline Meteorologische Dienstleistungen GmbH (<https://www.verbraucherzentrale.nrw/presse-meldungen/presse-nrw/cookiebanner-auf-wetteronline-rechtswidrig-gestaltet-91845>).

hen generell – ungeachtet ihres Regelungsgegenstandes – mit einer gewissen Abstraktionshöhe einher und die mit dem Gesetz verbundenen Ziele entfalten sich erst bei der Anwendung des Rechts im konkreten Einzelfall.¹¹

Die immer wieder geäußerte Kritik an der (anfänglichen) Rechtsunsicherheit durch die DS-GVO ist nach unserer Auffassung daher von Anfang an überspitzt und interessen-geleitet gewesen. Nach nunmehr gut sechs Jahren Geltung der DS-GVO hat insbesondere die umfangreiche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erheblich zu einer Reduzierung der Unsicherheiten bei der Anwendung der DS-GVO beigetragen. Die Verbraucherzentrale NRW geht daher davon aus, dass die Rechtssicherheit im Laufe der Zeit und weiterer Rechtsprechungspraxis stetig zunehmen wird.

1.2 Gewisse Abstraktionshöhe ist Beschlüssen immanent

Übergang

Zudem bringen Beschlüsse der DSK zwangsläufig eine gewisse Abstraktionshöhe mit sich. Dies kann auf verschiedene Gründe zurückgeführt werden und eine grundsätzliche Verbindlichkeit würde daran nichts ändern (können).

Zum einen handelt es sich bei den Beschlüssen der DSK um abgestimmte Positionen von insgesamt 18 unabhängigen Aufsichtsbehörden. Schon aufgrund der Unabhängigkeit¹² kann es zu divergierenden Überzeugungen und rechtlichen Bewertungen komplexer Sachverhalte kommen. Gleichwohl unternehmen die Aufsichtsbehörden den Versuch, durch abgestimmte Auslegungshilfen zu einer einheitlichen Rechtsanwendung beizutragen. Hinzu kommt, dass ein Beschluss keine Beurteilung für den konkreten Einzelfall treffen kann.

In Beschlüssen kann sich diese Abstraktionshöhe auch durch die Verwendung auslegungsbedürftiger Formulierungen manifestieren. Wann etwa ein „gleichwertiger Kommunikationseffekt“¹³ einer Schaltfläche zum Akzeptieren von Cookies gegeben ist, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Sachverhalts bewertet werden.

Diese immanente Abstraktionshöhe mag aus Sicht der Betroffenen und der verantwortlichen Unternehmen unglücklich sein, insbesondere wenn man sich aufgrund einer Auslegungshilfe bereits „in Sicherheit“ wähnte.

Die reine Statuierung der Rechtsverbindlichkeit von DSK-Beschlüssen würde daran jedoch vermutlich nichts ändern können. Anhand unserer Erfahrungen mit DSK-Beschlüssen vor Gericht möchten wir dies beispielhaft näher erklären.

1.3 Erfahrungen der Verbraucherzentrale NRW mit Beschlüssen der DSK

Die Verbraucherzentrale NRW hat sich in Verfahren gegen Unternehmen, in denen sie die Unterlassung datenschutzrechtswidriger Handlungen begehrt, immer wieder argumentativ auf die aus ihrer Sicht überzeugenden Beschlüsse der DSK gestützt, um ihre

¹¹ Bei der DS-GVO kommt erschwerend hinzu, dass eine Vielzahl an Auslegungsfragen auch deshalb persistiert, weil die ursprünglich insbesondere für digitale Sachverhalte konzipierte ePrivacy-Verordnung als Update der ePrivacy-Richtlinie bis heute nicht voran kommt und zahlreiche rechtliche Antworten daher teilweise mithilfe der DS-GVO bzw. über die nationale Umsetzung zur ePrivacy-Richtlinie gelöst werden müssen.

¹² Diese wird in Art. 51 Abs. 1 DSGVO explizit verlangt.

¹³ Wenn auch kein Beschluss, sondern eine Orientierungshilfe, findet sich dieser Begriff in Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021) Version 1.1, Rd. Nr. 48.

Unterlassungsansprüche gegenüber den Unternehmen zu begründen. Sowohl die in den Verfahren angehörten Aufsichtsbehörden als auch die Gerichte haben den Streitgegenstand jeweils im konkreten Fall gewürdigt – mit durchaus divergierenden Ergebnissen.

Verfahren zum Gastzugang im Online-Handel

Anlässlich des Beschlusses der DSK mit dem Titel „Hinweise der DSK – Datenschutzkonformer Online-Handel mittels Gastzugang“ (Stand 24. März 2022)¹⁴ lässt die Verbraucherzentrale NRW in zwei Grundsatzverfahren¹⁵ derzeit gerichtlich klären, inwieweit Anbieter im Online-Handel einen Gastzugang als Alternative zu einer Registrierung mittels Kundenkonto anbieten müssen. Hintergrund ist, dass uns zahlreiche Beschwerden von Verbraucher:innen erreichen, die sich immer wieder über die zunehmende Registrierungspflicht bzw. Pflicht zur Anlegung eines Kundenkontos (etwa im Rahmen einer Online-Bestellung) beschweren.

Die Verbraucherzentrale NRW hat daher zwei namhafte Einkaufsplattformen aufgefordert es zu unterlassen, die Plattform ohne Gastbestellmöglichkeit zu betreiben. Ein Anbieter wandte sich daraufhin an den Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, welcher – insoweit abweichend zum o.g. Beschluss der DSK – die im konkreten Fall das Erfordernis zum Anlegen eines Kundenkontos als datenschutzrechtlich vertretbar wertete. Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit wurde entsprechend § 12a UKlaG in dem Verfahren vor dem Landgericht Hamburg angehört. In der ersten Instanz schloss sich das Landgericht Hamburg der Auffassung der Aufsichtsbehörde an und wies die Klage ab.

Nun könnte man annehmen, dass eine Rechtsverbindlichkeit des DSK-Beschlusses den Ausgang des Verfahrens – aus unserer Sicht positiv – beeinflusst hätte, wenn er die Aufsichtsbehörde rechtsverbindlich gewesen wäre. Diese Annahme geht jedoch fehl. Denn der DSK-Beschluss selbst birgt einen gewissen Spielraum für eine differenzierte Bewertung, indem eine Bestellmöglichkeit als Gast eben nur „grundsätzlich“¹⁶ gefordert wird und deshalb „regelmäßig“ eine solche Gastbestellung vorzuhalten ist.¹⁷

Unter Berücksichtigung der Umstände im konkreten Einzelfall ist daher durchaus eine vom Grundtenor des Beschlusses abweichende, differenzierte Bewertung durch die Aufsichtsbehörde möglich. Solche Auslegungsspielräume und das Erfordernis, die datenschutzrechtliche Bewertung im konkreten Einzelfall vorzunehmen, wird es auch in Zukunft noch geben. Eine gesetzlich statuierte Rechtsverbindlichkeit des Beschlusses hätte daher kein Mehr an Rechtssicherheit geschaffen.

¹⁴ Der DSK-Beschluss ist abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20222604_beschluss_dateminimierung_onlinehandel.pdf.

¹⁵ Ein Verfahren befindet sich in der Berufung vor dem OLG Hamburg (Az. 5 U 30/24), ein weiteres Verfahren ist erstinstanzlich am LG Berlin rechtshängig (Az. 15 O 486/22).

¹⁶ In dem DSK-Beschluss zum Gastzugang heißt es hierzu: „Verantwortliche, die Waren oder Dienstleistungen im Onlinehandel anbieten, müssen ihren Kund*innen unabhängig davon, ob sie ihnen daneben einen registrierten Nutzungszugang (fortlaufendes Kund*innenkonto) zur Verfügung stellen, grundsätzlich einen Gastzugang (Online-Geschäft ohne Anlegen eines fortlaufenden Kund*innenkontos) für die Bestellung bereitstellen.“

¹⁷ Auf Seite 2 des DSK-Beschlusses zum Gastzugang heißt es ferner: „Für Kund*innen, die keine dauerhafte Geschäftsbeziehung eingehen wollen oder eine Verarbeitung von nicht zur Geschäftsabwicklung benötigten Daten ablehnen, ist daher regelmäßig ein Gastzugang zu ermöglichen.“

Schließlich sind auch die Gerichte nicht an die Auffassung der Behörden gebunden. Selbst wenn die Aufsichtsbehörde hier also unsere Rechtsauffassung geteilt hätte, wäre das Gericht nicht daran gehindert, eine eigenständige Bewertung durchzuführen.

Verfahren zur Übermittlung von Positivdaten an Auskunftsteien

Einen weiteren Beschluss der DSK zur Verarbeitung von Positivdaten von Privatpersonen aus Verträgen über Mobilfunkdienste und Dauerhandelskonten durch Auskunftsteien vom 22. September 2022¹⁸ nahm die Verbraucherzentrale NRW zum Anlass grundsätzlich klären zu lassen, ob Telekommunikationsanbieter Positivdaten ohne vorherige Einwilligung an Auskunftsteien weitergeben dürfen.¹⁹

Auch hier zeigen sich Spielräume im DSK-Beschluss, die im konkreten Einzelfall zu einer abweichenden Bewertung führen. Im DSK-Beschluss heißt es nämlich lediglich, dass die Anbieter die Datenverarbeitung „*grundsätzlich*“ nicht auf Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO stützen können und es deshalb „*regelmäßig*“ der Einwilligung der Betroffenen bedarf (Hervorhebung d. Verf.). Die in zwei der Verfahren erstinstanzlich angehörte Aufsichtsbehörde²⁰ hat daher auch hier eine im konkreten Einzelfall abweichende Bewertung vom Grundtenor des DSK-Beschlusses nicht per se ausgeschlossen.

Eine gesetzlich statuierte Rechtsverbindlichkeit des DSK-Beschlusses hätte auch in diesem Fall kein „Mehr“ an Rechtssicherheit für die Beteiligten geboten. Datenschutzrechtliche Bewertungen müssen immer im konkreten Einzelfall vorgenommen werden, weshalb es durchaus zu differenzierten Ergebnissen kommen kann.

Differenzierte Einzelfallbewertungen weiterhin nötig

In allen Verfahren, in denen sich die Verbraucherzentrale NRW zur argumentativen Unterstützung ihrer Unterlassungsansprüche auch auf die Beschlüsse der DSK berufen hat, verteidigt sich die Gegenseite durchaus mit – mal mehr, mal weniger überzeugenden – Argumentationslinien und nutzt dabei die in dem jeweiligen DSK-Beschluss vorhandenen Auslegungsspielräume. Denn auch ein Beschluss der DSK kann nicht für alle Anwendungsfälle aus der Praxis zum gleichen Ergebnis gelangen, sondern es bedarf einer differenzierten juristischen Bewertung im konkreten Einzelfall. Diese Aufgabe obliegt letztlich den Gerichten und gehört auch dorthin.

Nach Einschätzung der Verbraucherzentrale NRW würde die Statuierung der Rechtsverbindlichkeit der DSK-Beschlüsse an dieser Quelle für Rechtsunsicherheit nichts ändern (können).

Im Gegenteil besteht sogar das Risiko, dass die Beschlüsse der DSK an Unschärfe zunehmen, wenn sie als rechtsverbindlich (im Sinne einer Selbstbindung der Verwaltung) gelten würden. Denn bei den Mitgliedern der DSK handelt es sich um unabhängige Stellen. Die Mitglieder der DSK könnten anderenfalls in ihrer Unabhängigkeit berührt sein, wenn sie (Mehrheits-)Entscheidungen finden, mittragen und letztlich durchsetzen müssten oder sogar zu einer Einstimmigkeit verpflichtet würden.

¹⁸ https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20210929_top_07_beschluss_positivdaten.pdf.

¹⁹ Vgl. hierzu die Pressemeldung der Verbraucherzentrale NRW vom 21.07.2021 zur Klage gegen Telefónica Germany, Telekom Deutschland und Vodafone: <https://www.verbraucherzentrale.nrw/pressemeldungen/presse-nrw/klage-gegen-telefonica-telekom-und-vodafone-75327>.

²⁰ In diesem Fall war dies jeweils der für die Aufsicht über Telekommunikationsanbieter zuständige Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI).

2. ZUM ZIEL DER ENTBÜROKRATISIERUNG

Für die Verbraucherzentrale NRW ist nicht evident, ob mit der Statuierung der Rechtsverbindlichkeit der DSK-Beschlüsse automatisch eine Entbürokratisierung einhergehen würde.

Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde abschließend geregelt

Nach unserem Verständnis wird immer nur eine Aufsichtsbehörde für die datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle zuständig sein, die im konkreten Einzelfall die Datenverarbeitung des Anbieters bewertet. Insofern ergibt sich aus dem Antrag nicht, was genau mit bürokratischem Aufwand gemeint ist. Sollte damit gemeint sein, dass Verantwortliche mit divergierenden Auslegungen der Aufsichtsbehörden konfrontiert sind, so wäre evtl. zu prüfen, ob den Verantwortlichen möglicherweise nicht hinreichend klar ist, wer ihre zuständige Aufsichtsbehörde ist. Nach unserer Kenntnis sind die Zuständigkeiten umfassend geregelt. Sollte es hier Unklarheiten geben und deshalb „Bürokratieaufwand“ entstehen, so steht dies jedenfalls nicht im Zusammenhang mit der Frage der Rechtsverbindlichkeit der Beschlüsse. Eine Statuierung der Rechtsverbindlichkeit würde dieses Problem der „Bürokratisierung“ daher auch nicht lösen können.

Möglicherweise könnte überlegt werden, zumindest nach außen eine gewisse Konzentrationswirkung zu erzielen, indem die Mitglieder der DSK für bestimmte Themenbereiche ihre Aufsichtsbefugnisse übertragen bekommen und im Rahmen ihrer sachlichen Zuständigkeit bundesweit das Datenschutzrecht anwenden. Diese Überlegung ist jedoch eher als Anstoß für eine weiterführende Diskussion gedacht.

Bürokratie darf nicht zur Absenkung des Datenschutzes instrumentalisiert werden

Die Verbraucherzentrale NRW vermutet, dass es sich bei der monierten „Bürokratie“ darum geht, den Datenschutz als Innovationsbremse anzuführen. Das Datenschutzrecht ist Ergebnis eines Ausgleichs widerstreitender Interessen, namentlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und der unternehmerischen Freiheit. Dieser Ausgleich widerstreitender Interessen ist – zwangsläufig – mit einem gewissen Aufwand verbunden und muss im Einzelfall für konkrete Interessenskonflikte aufgelöst und einer verträglichen Lösung zugeführt werden. Holzschnittartige Lösungen im Sinne eines „one size fits all“ sind in diesem grundrechtsrelevanten Bereich nicht realistisch. Dass der Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen im jeweiligen Einzelfall – mal mehr oder weniger – aufwändig sein kann und zu einem gewissen bürokratischem Aufwand führt, liegt nicht an der Bürokratie als solcher, sondern an der Komplexität der Materie. Wir werten die Forderung nach weniger Bürokratie daher eher als einen Versuch, die rechtlich geschützten Interessen der Betroffenen zugunsten der Wirtschaft zu verschieben und damit letztlich die Verbraucherinteressen zu schmälern. Diese Intention können wir nicht unterstützen.

3. SPEZIFIZIERUNG VON REGELUNGSGEGENSTAND UND BINDUNGSWIRKUNG

3.1 Auslegungsinstrumente der DSK

Im Antrag der Fraktion der FDP ist ausschließlich von rechtsverbindlichen Beschlüssen (Hervorhebung d. Verf.) zur Auslegung des Datenschutzes die Rede. Beschlüsse sind jedoch nicht das einzige Auslegungsinstrumentarium der DSK. Die DSK trägt außerdem durch Entschließungen, Orientierungshilfen und Standardisierungen, Stellungnahmen sowie durch Pressemitteilungen zu einer möglichst einheitlichen Auslegung des

Datenschutzrechts bei.²¹ Zudem veröffentlicht die DSK auch Auslegungshilfen zur DSGVO in Form sog. „Kurzpapiere“²². Demnach gibt es verschiedene Instrumente der DSK, die zur einheitlichen Anwendung des geltenden Datenschutzrechts beitragen.

Vergleicht man die bisher veröffentlichten Auslegungshilfen der DSK, so sind nicht nur die Beschlüsse im Sinne von Positionen, die die Auslegung datenschutzrechtlicher Regelungen bzw. entsprechende Empfehlungen betreffen, von Relevanz, sondern auch Orientierungshilfen im Sinne fachlicher Anwendungshilfen für Verantwortliche, Auftragsverarbeiter, Herstellerinnen und Hersteller und der Öffentlichkeit. Beispielhaft seien hier etwa die Orientierungshilfe Telemedien (OH Telemedien 2021)²³, die Orientierungshilfe zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)²⁴ oder zuletzt die Orientierungshilfe zu Künstlicher Intelligenz und Datenschutz²⁵ erwähnt. Diese Orientierungshilfen sind gleichwohl und ungeachtet ihrer Bezeichnung relevante Auslegungshilfen, die – ebenso wie Beschlüsse – für Unternehmen bei der Anwendung des Datenschutzrechts von besonderer Relevanz sein dürften.

Daher stellt sich die Frage, ob es nicht auch einer Präzisierung bedarf, über welche Auslegungshilfen der DSK die Diskussion zur Rechtsverbindlichkeit konkret geführt werden soll und wie sich etwa Beschlüsse und Orientierungshilfen voneinander abgrenzen. Anderenfalls könnte das verfolgte Ziel einer Gesetzesänderung dadurch konterkariert werden, dass eine „Flucht in die Orientierungshilfe“ erfolgt, etwa wenn sich die DSK-Mitglieder nicht ganz einig sind.

Aus Sicht der Verbraucherzentrale NRW muss konkretisiert werden, für welche Auslegungsinstrumente eine Bindungswirkung gelten soll. Ergänzend wäre zu präzisieren, in welchen Fällen das jeweilige Auslegungsinstrument einschlägig ist.

3.2 Bedeutung der Verbindlichkeit

Im Antrag der Fraktion der FDP ist nicht weiter ausgeführt, was mit einer Verbindlichkeit der Beschlüsse gemeint ist. Auch diesbezüglich wäre es wünschenswert klarzustellen, dass damit lediglich eine Bindungswirkung für die beteiligten Behörden gemeint sein kann.

4. ORGANISATORISCHE STÄRKUNG DER DSK ZUR ERLEICHTERUNG DER ABSTIMMUNGSPROZESSE

Bis dato werden Beschlüsse der DSK, sofern keine Einstimmigkeit erzielt wird, grundsätzlich mit einfacher Mehrheit gefasst, wobei jedes Land sowie der Bund jeweils eine Stimme haben. Wenn aber mehrheitlich gefasste Beschlüsse für abweichend votierende Aufsichtsbehörden eine Bindungswirkung entfalten, so stellt sich die Frage der Akzeptanz. Eine gesetzlich statuierte Verbindlichkeit setzt aus unserer Sicht daher voraus, dass auch die internen Abstimmungsprozesse unter den jeweils unabhängigen DSK-Mitgliedern mitgedacht werden müssen.

²¹ Vgl. A.III. Geschäftsordnung der DSK in der Fassung vom 27.02.2024, abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dsk/Geschaeftsordnung_DSK_Stand_Februar-2024.pdf.

²² <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/kurzpapiere.html>.

²³ https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20221130_OH_Telemedien_2021_Version_1_1.pdf.

²⁴ https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/OH-Werbung_Februar%202022_final.pdf.

²⁵ https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20240506_DSK_Orientierungshilfe_KI_und_Datenschutz.pdf.

Aus Sicht der Verbraucherzentrale NRW reicht die reine Statuierung der Rechtsverbindlichkeit von Beschlüssen daher nicht aus. Es braucht auch die gemeinsame Überzeugung der DSK-Mitglieder bei der Beschlussfassung, damit auch den abgestimmten Beschlüssen eine entsprechende einheitliche Rechtsdurchsetzung folgen kann. Ansonsten besteht die Gefahr, dass im Falle interner Unstimmigkeiten der Mitglieder der DSK dies zusätzlich zulasten der Rechtsklarheit der Beschlüsse gehen könnte, mit dem – durchaus verständlichen – Ziel, sich bei der Durchsetzung gegenüber Unternehmen den nötigen Auslegungs- und Ermessensspielraum zu bewahren. Dann wäre die Frage einer einheitlichen Rechtsanwendung lediglich auf die Vollzugsebene verlagert. Oder es droht eine „Flucht in die Orientierungshilfe“, wie bereits unter III.3.1. angesprochen.

Um die Abstimmungsprozesse innerhalb der DSK-Mitglieder zu fördern und damit auch die Akzeptanz einheitlicher Beschlüsse insgesamt zu erreichen, erscheint es zweckmäßig, die Arbeit der DSK organisatorisch durch Einrichtung einer ständigen Geschäftsstelle zu unterstützen, die über ausreichende finanzielle und personelle Mittel verfügt.

5. ZUR NOTWENDIGKEIT EINER GRUNDGESETZÄNDERUNG

Die Fraktion der FDP ist entsprechend den Ausführungen ihres Antrags der Überzeugung, dass für die Statuierung der Rechtsverbindlichkeit der Beschlüsse aufgrund der Kompetenzregelungen des Grundgesetzes im Hinblick auf Gesetzgebung und Gesetzesvollzug eine Verfassungsänderung vonnöten wäre. Diese Frage können und möchten wir als Verbraucherschutzverband nicht abschließend beurteilen.²⁶ Wir erkennen jedoch den Wunsch an, etwaigen verbleibenden Rechtsunsicherheiten durch eine entsprechende Änderung des Grundgesetzes zu begegnen, um eine Statuierung der Rechtsverbindlichkeit von vornherein „verfassungsfest“ zu machen. Die Verbraucherzentrale NRW regt außerdem an, alternativ zur Grundgesetzänderung die Möglichkeiten einer staatsvertraglichen Regelung – ähnlich wie im Medienbereich – zu prüfen, um den verfassungsrechtlichen Bedenken zu begegnen.

²⁶ Vgl. zur Frage der Notwendigkeit einer Verfassungsänderung das umfassende Gutachten von *Richter/Spiecker gen. Döhmann*, Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung und Institutionalisierung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK 2.0), Januar 2022, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/weitere_dokumente/Richter_Spiecker_Gutachten_DSK_2-0.pdf.