

# Forderungen zur ePrivacy-Verordnung

## Innovationen ermöglichen, statt Wettbewerbsnachteile schaffen

Der Entwurf für eine ePrivacy-Verordnung (ePrivacy-VO) soll die Richtlinie von 2002 (2002/58/EG) zum Schutz der elektronischen Kommunikation modernisieren. Er birgt viele Risiken für die Wirtschaft, verhindert Innovationen und führt dadurch zu einem Wettbewerbsnachteil für den Standort Europa.

Aus Sicht der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. werden die Sachverhalte, die durch die ePrivacy-VO geregelt werden sollen, bereits durch die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) erfasst. Eine zusätzliche sektorspezifische Regelung für den Telekommunikationsbereich ist daher überflüssig. Zumindest darf die ePrivacy-VO keine schärferen Regelungen enthalten als die DS-GVO. Ansonsten würden zwei unterschiedliche Datenschutzregulierungen nebeneinander bestehen, was die Umsetzung in der Praxis massiv erschweren würde.

Die Bayerische Wirtschaft bekennt sich zu den von der DS-GVO geschaffenen Datenschutz- und Vertraulichkeitsstandards in der digitalen Wirtschaft. Die DS-GVO zielt auf einen ausgewogenen Kompromiss zwischen dem Schutz personenbezogener Daten und dem Innovationspotenzial für zukünftige Geschäftsmodelle ab. Die geplante ePrivacy-VO darf diese Ergebnisse nicht konterkarieren.

Durch die ePrivacy-VO dürfen keine technischen Innovationen unterbunden werden, wodurch Europa im internationalen Wettbewerb weiter an Boden verliert. Dies würde den europäischen und nationalen Bestrebungen, datengetriebene Innovationen und den Datenzugang zu fördern, entgegenstehen. Es muss ein angemessener Ausgleich zwischen der informationellen Selbstbestimmung und der Vertraulichkeit der Kommunikation sowie der Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit geschaffen werden.

Folgende Punkte sind aus Sicht der vbw besonders kritisch zu sehen:

### 1. Anwendungsbereich

- Der persönliche Anwendungsbereich der ePrivacy-Verordnung sollte klar auf die Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste beschränkt werden, die Dritten eine Kommunikation untereinander ermöglichen.
- Es ist nicht eindeutig geregelt, an welchen Stellen die ePrivacy-VO die DS-GVO präzisiert bzw. ergänzt. Verschärft wird diese Abgrenzungsproblematik auch dadurch, dass in vielen Fällen die Unterscheidung von personenbezogenen und nicht personenbezogenen Kommunikationsdaten unmöglich ist.

- Nicht Anbieter eines elektronischen Kommunikationsdienstes, sondern immer nur Endnutzer ist, wer einen fremden Kommunikationsdienst nutzt oder sich eines eigenen Kommunikationskanals bedient, um selbst mit anderen, insbesondere seinen Kunden, zu kommunizieren. Diese Kommunikation sollte ausschließlich der DS-GVO unterfallen.
- Die Verordnung schafft Verunsicherung statt Rechtssicherheit durch Verweise auf andere europäische Legislativakte anstelle von eigenen Begriffsdefinitionen. Hierdurch wird die Verordnung intransparent. Gleichsam bleibt der europäische Gesetzgeber bei seinen Begriffsbestimmungen sehr vage, so dass für die Rechtsanwender teilweise nicht ersichtlich ist, ob sie unter den Anwendungsbereich der Verordnung fallen.

## 2. Maschine-zu-Maschine-Kommunikation

- Die Erweiterung des Adressatenkreises in einem nicht mehr vertretbaren Maße auf den Schutz von Inhalten einer Maschine-zu-Maschine-Kommunikation (M2M). Dies führt zu einer Einschränkung des erforderlichen Datenaustauschs bei neuen Technologien, auch beim autonomen Fahren. Eine zielgerichtete Kommunikation unter autonom agierenden Systemen muss weiterhin möglich sein und es dürfen keine den autonomen Verkehr einschränkenden rechtlichen Hindernisse erzeugt werden.
- Eine Gleichstellung der M2M-Kommunikation mit der Kommunikation zwischen Menschen mit der Folge, dass eine Einwilligung für die Kommunikation zwischen Maschinen vorliegen muss. Auf welche Weise diese erteilt werden soll, ist absolut unklar.
- Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Übermittlung von Daten zwischen Maschinen genau dem gleichen hohen Schutzniveau unterliegen sollen wie die Kommunikation zwischen Menschen, zumal die ausgetauschten Daten zumeist keinen Personenbezug aufweisen.
- Es muss klargestellt werden, dass Angebote im IoT-Bereich und im Rahmen der M2M-Kommunikation keine elektronischen Kommunikationsdienste darstellen, die der ePrivacy-VO unterfallen. Hier werden andere Kommunikationsdienste genutzt oder es wird eine Kommunikation der Geräte untereinander erzeugt, die sich nicht von der Kommunikation zwischen natürlichen Personen unterscheidet und daher der DS-GVO unterfallen sollte.
- Mit Blick auf die Entwicklung der Künstlichen Intelligenz dürfen die Möglichkeiten des maschinellen Lernens (sog. „machine learning“ und „deep learning“) nicht verbaut werden.

### 3. Dialogmarketing

Dialogmarketing ist besonders für kleine und mittlere Unternehmen unverzichtbar. Die Möglichkeit der effektiven Werbung für Produkte und Dienstleistung ist Voraussetzung für einen erfolgreichen europäischen Wirtschaftsraum. Ziel sollte es sein, klare und angemessene Rahmenbedingungen für Werbung mit Hilfe von elektronischen Nachrichten und durch Telefonanrufe zu schaffen. Der vorliegende Entwurf genügt diesen Anforderungen nicht. Der geplante Artikel 16 der ePrivacy-VO ist daher grundlegend zu überdenken, um dem Zweck der Bestimmung in ausgewogener Art und Weise gerecht zu werden.

- Der Begriff „direct marketing communication“ ist als Überbegriff nicht erforderlich, wenn er mit der Definition „electronic message“ zu dem Begriff „direct marketing message“ zusammengefasst wird.
- Die Definition von „Direktwerbung“ sollte auf die Versendung von „kommerziellen elektronischen Nachrichten“ beschränkt werden (Artikel 4 (3) (f)). Damit wäre Wahl- und Spendenwerbung ausgeschlossen, die Vorschrift würde sich auf „elektronische“ Nachrichten beschränken und Display Werbung wäre nicht erfasst. Entsprechend könnten die teilweise unglücklichen Formulierungen in den Erwägungsgründen zu diesen Fragen entfallen.
- Die Einwilligungsanforderungen für Direktwerbung sollten sich auf den B2C Bereich beschränken. Bei der werblichen Kommunikation zwischen Unternehmen genügt das Vorhandensein eines Widerspruchsrechts. Artikel 16 (1) ist auf Kommunikation an Empfänger in ihrer privaten Sphäre zu beschränken.
- Statt Einwilligungsanforderungen nach der DS-GVO zu stellen, sollte zwischen „gewünschter“ und „unerwünschter“ elektronischer Direktwerbung unterschieden werden. Dies würde es ermöglichen, dass die Empfänger durch Anfragen, Anmeldungen zu Newslettern und einfachen Einverständnissen die elektronische Kommunikation eröffnen könnten, so wie es heute die Praxis ist.
- Werbung gegenüber Bestandskunden sollte nicht auf „eigene ähnliche Waren und Dienstleistungen“ beschränkt sein (Artikel 16 (2)). Die Nähebeziehung zu einem Vertragspartner rechtfertigt dies. Mitgliedsstaaten sollten hierzu auch keine zeitlichen Beschränkungen einführen (Artikel 16 (2a)).
- Die Regelungen zu Präfixen für Werbeanrufe sollten entfallen (Artikel 14 (2) (b) und 16 (3a)). Praktikabel sind die vorgeschlagenen Regelungen nicht und würden als Inselösungen in einzelnen Mitgliedsstaaten zu einer unverantwortlichen Belastung führen.

#### 4. Cookies

- In Art. 8 fehlt weiterhin eine klare Rechtsgrundlage für die Verwendung von Cookies und ähnlichen Technologien, insbesondere für folgende Zwecke: Ad-Block-Detection, Messungen zwecks Anpassung des Angebots, Reichweitenmessung, Datenerhebung für „metered models“ oder andere Paid-Content-Modelle, Datenspeicherung für den Zweck der Betrugsprävention und der Sicherung der Integrität der Dienste. Da sich die EuGH-Rechtsprechung zur Erhebung von Daten aus Endgeräten nach der bisher geltenden ePrivacy-Richtlinie auch auf die DS-GVO übertragen lässt, bedarf es keiner speziellen Regelung mehr. Art. 8 ePrivacy-VO sollte daher ersatzlos gestrichen werden.
- Für die Einwilligung in Cookies ist ein realitäts- und nutzerfreundlicher Ansatz erforderlich. Das Speichern von Nutzerdaten, die ausschließlich und eindeutig für den Betrieb eines Angebots erforderlich sind, sollte grundsätzlich erlaubt sein. Jedwede andere Nutzung für andere Zwecke kann an eine Einwilligung gekoppelt werden, die allerdings mit einer datenschutzfreundlichen Voreinstellung per Default belegt sein muss.
- Der Verweis in Art. 9 (1) ePrivacy-VO muss auf die Einwilligungsvoraussetzungen des Art. 7 (1) bis (3) DS-GVO begrenzt werden. Die Nichtgeltung des Art. 7 (IV) DS-GVO, des sog. Koppelungsverbot, bei der Einwilligung gemäß Art. 9 ePrivacy-VO ist deshalb notwendig, weil anders als in der DS-GVO die Datenverarbeitung aufgrund der Generalklausel berechtigter Interessen im Entwurf der ePrivacy-VO nicht vorgesehen ist.

#### 5. Sonstiges

- Datenerhebungen aus einem Endgerät – beispielsweise im Rahmen von Telematik-Tarifen in der Kfz-Versicherung – müssen zulässig bleiben. Die für einen Rabatt auf die Prämie relevanten Daten über die Fahrweise werden direkt aus dem Kfz, z. B. über eine im Kfz verbaute Telematik-Box, erhoben. Anders als die DS-GVO erlaubt die ePrivacy-VO die Datenerhebung nicht zur Durchführung eines jeden Vertrages. Da die gesetzlichen Ausnahmen extrem eng sind, müssten die Versicherer zusätzlich zum Vertragsabschluss eine Einwilligung ihrer Kunden einholen, um die erforderlichen Daten verarbeiten und den Vertrag durchführen zu können. Dies sorgt für Rechtsunsicherheit, da ein Widerruf der Einwilligung zugleich die Durchführung des Vertrages unmöglich machen würde.
- Anonyme oder pseudonyme Nutzerprofile müssen erlaubt sein. Die Herstellung des Personenbezugs muss unzulässig bzw. stark sanktioniert sein.

## **Ansprechpartner**

**Kristina Fink**

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-234

Telefax 089-551 78-238

[kristina.fink@vbw-bayern.de](mailto:kristina.fink@vbw-bayern.de)

[www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de)