

BIU – Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware e. V.
Charlottenstr. 62
10117 Berlin
Telefon: 030 2408779-0
Fax: 030 2408779-11
E-Mail: office@biu-online.de
www.biu-online.de

Stellungnahme

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des
Datenschutzrechtes an die Verordnung (EU) 2016/679 und
zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680**

7. Dezember 2016

Das Bundesministerium des Innern hat am 23. November 2016 den Referentenentwurf zur Umsetzung der Öffnungsklauseln der neuen Datenschutzgrundverordnung (DSG-VO) im Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vorgelegt. Die deutsche Computer- und Videospielebranche arbeitet bereits mit Hochdruck daran die neuen Vorgaben der Grundverordnung umzusetzen. Bei den Anpassungen im Rahmen der Öffnungsklauseln bestehen nach dem jetzigen Referentenentwurf jedoch noch erhebliche Bedenken, weshalb der BIU die Gelegenheit zur Stellungnahme sehr gerne wahrnimmt, um auf einige Besonderheiten der Computer- und Videospielebranche hinzuweisen. Als Verband der deutschen Computer- und Videospielebranche möchten wir Ihnen in dieser Stellungnahme die Besonderheiten der Branche erläutern und auf erforderliche Änderungen hinweisen.

Der BIU – Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware e.V. ist der Verband der deutschen Computer- und Videospieleindustrie. Seine 26 Mitglieder sind Entwickler, Publisher und Anbieter von digitalen Spielen, die über 85 Prozent des deutschen Marktes sowie rund 55 Prozent der Beschäftigten der deutschen Games-Branche repräsentieren. Der BIU ist Träger des weltweit größten Events für Computer- und Videospiele, der gamescom. Darüber hinaus ist der BIU Gesellschafter der Freiwilligen Selbstkontrolle Unterhaltungssoftware (USK) und der Stiftung Digitale Spielekultur sowie Mitausrichter des Deutschen Computerspielpreises. Als Ansprechpartner für Medien sowie politische und gesellschaftliche Institutionen beantwortet der BIU alle Fragen rund um das Thema digitale Spiele.

Der BIU begrüßt und unterstützt das Vorhaben der EU und des deutschen Gesetzgebers, das Datenschutzrecht weiter zu vereinheitlichen und damit ein angemessenes Schutzniveau personenbezogener Daten und einheitliche Wettbewerbsbedingungen im europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Wir begrüßen grundsätzlich, dass die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr („EU-DSGVO“) vom 15. Dezember 2015 (2012/0011 (COD)) das europäische Datenschutzrecht insbesondere zum Schutz der Verbraucher modernisiert.

Gleichwohl sieht der BIU neben den Chancen und dem Nutzen des Vorhabens auch einige damit verbundene Risiken. Denn die Verordnung kann sich in negativer Weise auf die Geschäftsmodelle der Computer- und Videospieleindustrie auswirken, weil teilweise die besonderen Belange der Branche in den letzten Beratungen auf europäischer Ebene nicht hinreichend berücksichtigt worden sind. Umso bedeutsamer ist es deshalb, dass der nationale Gesetzgeber bei der Anpassung des Bundesdatenschutzgesetzes die extra hierfür vorgesehenen Spielräume der Öffnungsklauseln nutzt, damit es trotz eines europaweit harmonisierten Datenschutzrechtes nicht zu Standortnachteilen für deutsche Unternehmen kommt.

1. Einwilligungen Minderjähriger, Art. 8 EU-DSGVO

a) Problemdarstellung

„Praxisbeispiel: Ein 14-Jähriger kauft ein USK12-Spiel. Er darf das Spiel gem. § 110 BGB selbst erwerben und es ist nach jugendschutzrechtlichen Bestimmungen auch für ihn geeignet. Er darf nach dem Lauterkeitsrecht sogar direkt werblich angesprochen werden, Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG. Wenn aber der Hersteller Daten erhebt, die über den

Vertragszweck hinausgehen, bedarf es nun zusätzlich auch einer datenschutzrechtlichen Zustimmung der Eltern.“

Die Verordnung bestimmt in Art. 8 Abs. 1 EU-DSGVO, dass ein Kind ab 16 Jahre in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten ohne die Zustimmung der Erziehungsberechtigten einwilligen kann. Für das Alter zwischen dem 13. und dem 16. Lebensjahr bedarf es einer Zustimmung der Erziehungsberechtigten, es sei denn, ein Mitgliedsstaat verzichtet hierauf und legt eine niedrigere allgemeine Altersgrenze fest, ab der eine grundsätzliche Einwilligungsfähigkeit gilt.

Die Verordnung räumt den Mitgliedsstaaten in Art. 8 Abs. 1 S. 1 EU-DSGVO ausdrücklich einen Spielraum zur Herabsetzung der Altersgrenze für die Einwilligung von 16 auf 13 Jahre ein. Einige Mitgliedsstaaten, wie beispielsweise das Vereinigte Königreich, haben bereits angekündigt, diesen Spielraum voll auszuschöpfen. Leider nutzt der Gesetzentwurf diese Möglichkeit nicht, um die bewährten und aufeinander abgestimmten Altersgrenzen im deutschen Recht beizubehalten. Gerade für die von sehr vielen Jugendlichen genutzten Computerspiele, die schon jetzt ganz besonders auf die jugendliche Entwicklung und Einsichtsfähigkeit abstellen müssen, wäre daher eine entsprechende Altersgrenze wünschenswert. Es geht hier lediglich um die Beibehaltung des status quo. Die Altersgrenze von 16 Jahren für datenschutzrechtliche Einwilligungen wird ansonsten zu erheblichen Verwerfungen, Unsicherheiten und zu Unverständnis sowohl bei Jugendlichen als auch bei deren Erziehungsberechtigten führen. Das Datenschutzrecht könnte hier von den Minderjährigen als Bevormundung wahrgenommen werden, was die Zielrichtung des Datenschutzrechts nachhaltig diskreditieren könnte.

b) Anwendungsbereich der Öffnungsklausel

Wir möchten daran erinnern, dass der Anwendungsbereich von Art. 8 EU-DSGVO ohnehin nach Abs. 1 S. 1 auf solche Einwilligungen beschränkt ist, die gegenüber einem Anbieter eines „Dienstes der Informationsgesellschaft“ erteilt werden. Gemeint ist damit gemäß Art. 4 Nr. 25 EU-DSGVO jede Dienstleistung im Sinne von Art. 1 Nr. 1 Buchstabe b der Richtlinie 2015/1535, mithin „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“.

Die von der deutschen Computer- und Videospiegelindustrie angebotenen, digitalen Inhalte zur interaktiven Unterhaltung unterfallen dem Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 S. 1 EU-DSGVO. Jedoch sind andere Maßnahmen, etwa solche des Direktmarketings nicht von Art. 8 EU-DSGVO erfasst. Ohnehin errichtet auch das nationale Werberecht hier enge Grenzen, etwa das Verbot der direkten Kaufaufforderung nach Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG sowie das Verbot des Ausnutzens des Alters oder der geschäftlichen Unerfahrenheit nach §§ 4a Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 UWG.

Soweit wir den deutschen Gesetzgeber auffordern, von den Möglichkeiten der Öffnungsklausel Gebrauch zu machen und die Altersgrenze entsprechend abzusenken, bezieht sich dies allein auf die Möglichkeit der Einwilligung im Kontext von Spielen und ähnlichen digitalen Inhalten, nicht aber etwa auf die werbende Nutzung.

c) Absenkung der Altersgrenze sinnvoll

Tatsächlich bedarf es dringend einer klaren Regelung, die auf die Einsichtsfähigkeit Minderjähriger im Alter von 13 bis 15 abstellt und nicht generell eine Einwilligung der Eltern fordert. Die Aussage, die Regelungen der DSGVO würden zu keiner Änderung der bisherigen Rechtslage führen, da die Altersgrenze bereits durch ständige Rechtsprechung entsprechend festgelegt worden sei (Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, Ziff. IV 8), ist unzutreffend. Die Entscheidung ist immer einzelfallbezogen (Gola/Schomerus, § 4a BDSG, Rn. 2a; Roßnagel, MMR 2011, 637).

Daher ist es sinnvoll, grundsätzlich im Alter von 13 und 15 Jahren, eine Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen anzunehmen und eine Einwilligung sodann zuzulassen.

Mit einer derartigen Regelung könnte auch ein Auseinanderfallen der Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung nach Art. 8 Abs. 1 DSGVO und der Wirksamkeit eines geschlossenen Vertrages, der sich gem. Art. 8 Abs. 3 DSGVO nach nationalem Recht richtet, erreicht werden. Es erscheint wenig sinnvoll, wenn ein Minderjähriger mit einem Klick eine unwirksame und eine wirksame Erklärung abgeben könnte.

Auch könnte durch eine Absenkung der Altersgrenze ein Auseinanderfallen zwischen den Altersstufen des Jugendschutzes und der datenschutzrechtlichen Altersgrenze zur Abgabe einer wirksamen Einwilligung eingegrenzt werden. Denn es ist zumindest für den Verbraucher schlicht nicht nachvollziehbar, dass für einen 14-Jährigen ein Spiel mit USK12-Freigabe zusätzlich noch eine datenschutzrechtliche Einwilligung erforderlich ist.

Abgesehen davon, dass eine Altersgrenze bei 13 Jahren wohl besser der typischen Einsichtsfähigkeit heutiger Minderjähriger Rechnung trägt, umgeht eine solche Regelung auch ein schwerwiegendes formelles Versäumnis des europäischen Gesetzgebers. Denn die ansonsten erforderliche Zustimmung der Eltern ist in der EU-DSGVO nicht ausreichend präzisiert. Ob etwa die Zustimmung der Eltern schriftlich erfolgen muss, welchen Inhalt sie haben muss und ob sie auch im Voraus oder für eine unbekannte Anzahl von Sachverhalten an eine verantwortliche Stelle erteilt werden kann, ist vollständig unklar (Plath, Art. 8 DSGVO, Rn. 10). Die damit verbundene Rechtsunsicherheit ist für Unternehmen der interaktiven Unterhaltungsindustrie nicht akzeptabel. Leider führt dies auch zu der Gefahr, dass der rechtstreue Anbieter von risikobereiten Mitbewerbern verdrängt wird und darunter letztendlich auch das allgemeine Datenschutzniveau leidet.

Diese gravierende Rechtsunsicherheit würde zumindest abgeschwächt werden, wenn der nationale Gesetzgeber durch eine Herabsetzung der eigenverantwortlich möglichen Einwilligung von Minderjährigen jene Altersspanne, in der eine eben unklare elterliche Zustimmung erforderlich ist, reduziert. Auch würde eine solche Herabsetzung der Altersgrenze für eine eigenverantwortlich mögliche Einwilligung von Minderjährigen den Zielkonflikt mit dem Gebot der Datensparsamkeit entschärfen. Denn je eher eine Zustimmung der Erziehungsberechtigten erforderlich wird, desto eher muss die verantwortliche Stelle erheblich mehr Daten erheben, nämlich konkret in Bezug auf die Identität und Rolle der Erziehungsberechtigten; je nach derzeit noch unklarem Verfahren (dazu nachfolgend) wären dabei möglicherweise Daten in erheblichem Umfang zu erheben. Diese Daten der Erziehungsberechtigten würden sodann auch wieder eigene Betroffenenrechte unter der EU-DSGVO auslösen. Um also einen Minderjährigen vermeintlich geringfügig besser zu schützen,

würden in erheblichem Maße Dritte zu Betroffenen der Datenerhebung gemacht und die verantwortliche Stelle durch korrespondierende Betroffenenrechte belastet. Auch aus diesem Grund gebietet sich, durch eine Herabsetzung der Altersgrenze für eine eigenverantwortlich mögliche Einwilligung eine solche überschießende Datenerhebung zu minimieren.

d) Klarstellungsbedürftige Zustimmung der Erziehungsberechtigten

Soweit überhaupt eine Zustimmung der Erziehungsberechtigten dann erforderlich bleibt, ist eine Klarstellung zu den offenen Fragen dringend erforderlich, insbesondere dazu, wie die Umsetzung der Vorgaben im Einzelnen funktionieren soll, ob und wie das Alter des Nutzers rechtssicher überprüft werden kann und muss, ob dafür Alterskontrollen vorgenommen werden müssen und woran diese zu messen sind. Zudem ist weiterhin nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen für falsche Altersangaben von Minderjährigen haften.

Es bedarf einer Anpassung dahingehend mehr Klarstellungen vorzunehmen und dabei immer die Anwendbarkeit in der Praxis sicherzustellen. Gerade im Games-Bereich werden viele zusätzliche Dienstleistungen angeboten, um das Spielerlebnis zu optimieren. Dazu werden pseudonymisierte Daten aus dem Spielverlauf erhoben, insbesondere Spielabbrüche, um Verbesserungsbedarf ablesen zu können. Anders als andere Angebote, die personenbezogene Daten für die Generierung von Werbeinnahmen gebrauchen, werden die bei Spielen erhobenen Daten nicht monetarisiert, sondern zur Verbesserung des Angebotes genutzt. Gesonderte Einwilligungen und eine zusätzliche Zustimmung der Eltern könnten diese vom Kunden gewünschten Angebote deutlich erschweren und die Konversionsrate erheblich verzerren.

Insbesondere sollte der deutsche Gesetzgeber nur solche Verfahren in Erwägung ziehen, die ohne Medienbruch auskommen, also keinen Wechsel in einen anderen Kommunikationskanal erfordern. Denn ein solcher Medienbruch führt in aller Regel zu einem sehr starken Anstieg der Abbruch-Quote. Mit anderen Worten verfolgen Nutzer den eigentlich gewünschten Medienkonsum nicht weiter, da das organisatorische Prozedere zu umständlich ist. Sie weichen dafür auf andere Weg aus. Gerade der US-amerikanische Children Online Privacy Protection Act („COPPA“) ist hier keinesfalls ein Vorbild, weil den US-Unternehmen hier ein ganz erheblicher administrativer Aufwand auferlegt wird, der zudem leicht umgangen werden kann. Unpraktikable Verfahren erschweren nicht nur das Spielerlebnis, sondern führen auch zu Ausweichbewegungen und letztendlich zu einem niedrigeren Datenschutzniveau.

2. Betroffenenrechte / Transparenzrechte

Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung der Ausnahmen zu den Betroffenenrechten und zur Transparenz im 2. Kapitel des BDSG-neu gezeigt, dass die ausufernden Verpflichtungen der DS-GVO für Unternehmen praktisch nicht umsetzbar sind.

Tatsächlich hat der Gesetzgeber die Vorschriften aus Art. 13 EU-DSGVO (Informationspflicht bei Direkterhebung), Art. 14 EU-DSGVO (Informationspflicht bei Dritterhebung), Art. 19 EU-DSGVO (Mitteilungspflichten bei Löschung) und Art. 20 EU-DSGVO (Recht auf Datenübertragbarkeit) durch die Ausnahmen in §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 Nr. 2, 32 Abs. 1 und 2 und 33 Abs. 1 und 2 BDSG-neu in eine praktikablere Form überführt.

Umso unverständlicher erscheint jedoch, dass keine Ausnahmen zu dem Recht auf Einschränkung der Verarbeitung gem. Art. 18 DSGVO und der Mitteilungspflicht im Zusammenhang mit der Berichtigung oder Löschung gem. Art. 19 DSGVO bisher geschaffen worden sind, obwohl Art. 23 Abs. 1 EU-DSGVO auch solche Ausnahmen ausdrücklich zulässt. Diese sollten gleichlaufend mit §§ 30, 31 BDSG-neu ebenfalls auf nationaler Ebene vorgesehen werden.

Insbesondere ist es bei der Einschränkung der Verarbeitung erforderlich, solche Fälle auszunehmen, in denen eine Einschränkung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert oder voraussichtlich die Verwirklichung der Ziele der Verarbeitung unmöglich macht oder ernsthaft beeinträchtigen würde und deswegen das Interesse der betroffenen Person an der Einschränkung zurücktreten muss.

„Praxisbeispiel: Der Nutzer eines Spiels verlangt vom Anbieter die Markierung bestimmter Daten, welche der Anbieter nicht länger benötigt, während der Nutzer auf Basis dieser Daten Rechtsansprüche geltend machen will. Da der Anbieter nach Art. 17 Abs. 1 Buchstabe a EU-DSGVO die Daten eigentlich löschen müsste, ist er nun aufgrund des vom Nutzer aus Art. 18 Abs. 1 Buchstabe c EU-DSGVO geltend gemachten Falls verpflichtet, die Daten aus dem Löschauf auszunehmen und gesondert zu markieren. Dies wiederum wird der Anbieter regelmäßig technisch nicht leisten können, da ein solch unverhältnismäßiger Fall in praktische keiner Datenhaltung vorgesehen ist.“

Die Mitteilungspflicht im Zusammenhang mit der Berichtigung oder Löschung muss unterbleiben können, wenn sonst die Geschäftszwecke des Verantwortlichen erheblich gefährdet würden. Hierbei ist nicht ersichtlich, wieso die Regelungen zur Information oder Auskunft getroffen wurden, nicht aber im Zusammenhang mit der Berichtigung oder Löschung. Dies gilt natürlich für die gesamte deutsche Wirtschaft, im besonderen Maße aber auch für die Anbieter von Computerspielen, weil Nutzerdaten aufgrund der schnellen Fortentwicklung eines Spiels oft schon bald nicht länger benötigt werden.