

MILLER & MEIER CONSULTING | Französische Straße 55 | 10117 Berlin

Bundesministerium des Innern
Referat V II 4
Frau Dr. Wichmann
Alt-Moabit 140

10557 Berlin

07.12.2016

Ihr Zeichen: VII4-20108/24#18

**– Stellungnahme zum Entwurf eines Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz - hier:
Verbändebeteiligung**

Sehr geehrte Frau Dr. Wichmann,

vielen Dank für die Ermöglichung der Einreichung einer Stellungnahme zu o.g. Gesetzesentwurf,
die ich Ihnen nachfolgend gerne übersende.

Mit freundlichen Grüßen,
für die Berliner Datenschutzrunde

Dominik Meier

Miller & Meier Consulting GmbH

Französische Straße 55 | 10117 Berlin
T +49 30 288 765-90 | F +49 30 288 765-97

Sitz der Gesellschaft: Berlin
Amtsgericht Charlottenburg HRB 124177 B
Geschäftsführer: Constanze Miller | Dominik Meier

Avenue des Arts 39 | 1040 Brussels
T +32 2 513 48 97 | F +32 2 502 77 03

Bankverbindung:
Deutsche Bank
BLZ 100 700 24 | Konto 606 665 8

team@miller-meier.de
www.miller-meier.de

IBAN DE04 1007 0024 0606 6658 00
BIC DEUTDE33HAN
USt-IdNr. DE270315531

Stellungnahme der Berliner Datenschutzrunde

zum

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

Die Berliner Datenschutzrunde begrüßt den politischen Willen der Bundesregierung, die auf EU-Ebene beschlossene Harmonisierung des europäischen Datenschutzrechts möglichst schnell umzusetzen und bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums des Inneren (BMI) zur Anpassung des nationalen Datenschutzrechts an die europarechtlichen Vorgaben Stellung zu nehmen. Hierzu wie folgt:

I. Zur Konzeption des Referentenentwurfs

Das BMI schlägt vor, die im nationalen Recht notwendigen Anpassungen an die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) als auch zur Umsetzung der Datenschutzrichtlinie 2016/680 in einer überarbeiteten Fassung des Bundesdatenschutzgesetzes vorzunehmen. Diesen Ansatz halten wir aus folgenden Gründen für nicht praxistauglich:

Die vom BMI gewählte Form der Umsetzung führt zu einer äußerst komplizierten Rechtslage gerade für kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Es ist für ein betroffenes Unternehmen sehr schwierig, den gesamten Regelungskontext zu erfassen und zu bewerten, nach welchen Vorschriften es seine Datenverarbeitung ausrichten muss. Die Wiederholung von Regelungen im BDSG (neu) und die gleichzeitige interne Verweisung lassen den Anschein entstehen, ein Unternehmen müsste sich auch künftig nur nach dem BDSG richten. Tatsächlich richtet sich für Unternehmen die Zulässigkeit der Datenverarbeitung primär nach der DSGVO. Nur in Einzelfällen besteht die Möglichkeit, dass im nationalen Recht ergänzende Regelungen getroffen werden. Insofern wird durch eine Fortschreibung des BDSG mit diversen Regelungen zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung – die aber letztlich nur den öffentlichen Bereich betreffen – als auch vereinzelt Regelungen für den nicht-öffentlichen Bereich ein falscher Eindruck beim Betroffenen erweckt. Die bislang bereits in der Praxis vorherrschende Bewertung des Datenschutzrechts als eine sehr schwer erfassbare Regelung wird

durch diesen Ansatz nochmals verstärkt. Gerade vor dem Hintergrund der exorbitanten Bußgeldandrohungen ist es gerade für KMU äußerst wichtig, tatsächlich den Überblick zu den anwendbaren datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu behalten. Viele kleine und mittlere Unternehmen dürften überfordert sein und ohne rechtlichen Beistand nicht selbst erkennen können, welche Vorgaben sie zu beachten haben.

Vor diesem Hintergrund sollte eine getrennte Umsetzung der Datenschutzrichtlinie (EU) 2016/680 in einem speziellen Datenschutzgesetz für den öffentlichen Bereich einerseits und andererseits eine knapp gehaltene, ergänzende Regelung zur Datenschutzgrundverordnung im nationalen Recht erfolgen. Dabei sollte sich der Gesetzgeber bei der Anpassung an die DSGVO auf die Aspekte begrenzen, die zwingend im nationalen Recht zu regeln sind. Eine modifizierte Fortschreibung des BDSG „in einem anderen Gewande“ darf es nicht geben.

II. Inhaltliche Aspekte des Referentenentwurfes

1. Verwendung von unzureichenden Definitionen

Bei Betrachtung der Definitionen in § 2 des vorliegenden Referentenentwurfes fällt auf, dass die Begrifflichkeiten der DSGVO unvollständig übernommen worden sind. So wird etwa ein Empfänger in § 2 Abs. 2 Nr. 9 BDSG (neu) definiert, nicht aber der „Dritte“, obwohl der Begriff in der Definition des Empfängers verwendet und auch im Gesetzestext berücksichtigt wird.

Zudem fällt auf, dass in dem Referentenentwurf Begrifflichkeiten verwendet werden, die an Regelungen im BDSG (aktueller Stand) anknüpfen. Als Beispiel kann hier die Bestellpflicht des Datenschutzbeauftragten im nicht-öffentlichen Bereich nach § 36 BDSG (neu) benannt werden. Hier soll eine Bestellpflicht bestehen, wenn Unternehmen „*geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung*“ personenbezogene Daten verarbeiten. Damit wird erkennbar auf die bestehende Regelung in § 29 BDSG Bezug genommen. Die Unterscheidung zwischen Unternehmen, bei denen der Datenverarbeitung nur ein Nebenzweck zur Vertragsdurchführung zukommt (§ 28 BDSG), als auch zu Unternehmen, die geschäftsmäßig Daten verarbeiten (§ 29 BDSG), ist mit Einführung der DSGVO obsolet. Aus Sicht der Berliner Datenschutzrunde sollten keine Anklänge mehr an das aktuelle BDSG vorhanden sein, insbesondere da das

BDSG in der aktuellen Ausformulierung schon jetzt über die Bestimmungen des europäischen Datenschutzrechts hinausgeht. Wie der Europäische Gerichtshof (EuGH) mehrfach – zuletzt erst wieder am 19.10.2016 – festgestellt hat, ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, weitergehende Regelungen gegenüber der bestehenden EU-Datenschutzrichtlinie 95/46 vorzunehmen. Leider hat sich der deutsche Gesetzgeber an diese Vorgabe mehrfach nicht gehalten. Vor diesem Hintergrund ist es nunmehr umso wichtiger, dass keinerlei Anknüpfungen an das BDSG mehr verbleiben, da mit dem Inkrafttreten der DSGVO eine einheitliche europaweite Regelung besteht, die den Rahmen für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung absteckt.

2. Unzureichende Regelung zum Beschäftigtendatenschutz

Die vorgeschlagene Regelung im Referentenentwurf zum Beschäftigtendatenschutz ist in mehrfacher Hinsicht missverständlich formuliert.

Zunächst wird durch den Wortlaut der Eindruck erweckt, die Regelung in § 24 BDSG (neu) sei die einzig maßgebliche Regelung zum Beschäftigtendatenschutz. Tatsächlich kann diese Regelung aber nicht die sonst anwendbaren allgemeinen Zulässigkeitsregelungen zur Datenverarbeitung ausschließen. Auch die weiteren Regelungen, wie etwa Interessenabwägungsklausel oder die Befugnis nach Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO zur Datenverarbeitung zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen sind weiterhin anwendbar. Daher darf die Regelung im BDSG (neu) auch nicht den gegenteiligen Eindruck erwecken. Hier muss eine entsprechende Ergänzung - wie etwa „*unbeschadet anderer Rechtsgrundlagen*“ - aufgenommen werden.

Weiterhin sollte die Befugnis in Art. 88 Abs. 2 DSGVO im nationalen Recht klar formuliert werden, wonach auch Betriebsvereinbarungen eine eigenständige Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen sein können.

3. Regelung zu Scoring und Datenübermittlung an Auskunftsteilen überflüssig

Das BMI beabsichtigt mit den Bestimmungen in §§ 27, 28 des Referentenentwurfs die Regelungen aus den §§ 28a, 28b BDSG fortzuführen. Für diese Regelungen sehen wir keine Rechtsgrundlage und in der Praxis auch keinen Bedarf.

Die Regelungen in §§ 28a, 28b BDSG sind erst mit der BDSG-Novelle 2009 in das BDSG hineingekommen. Sie entsprechen inhaltlich weitestgehend der Rechtsprechung, die im Vorfeld von einigen Gerichten, speziell dem OLG Frankfurt, herausgearbeitet worden ist (vgl. etwa OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 15.11.2004, - Az: 23 U 155/03). Rechtsgrundlage für diese Datenverarbeitung war bis zur Neureglung im Jahr 2009 die Interessenabwägungsklausel. Die Interessenabwägungsklausel steht auch weiterhin zur Verfügung und ermöglicht es, dass auf dieser Grundlage entsprechende Datenverarbeitungen vorgenommen werden.

Eine derartige verbindliche Auslegung der Interessenabwägungsklausel, wie sie der nationale Gesetzgeber mit diesen Regelungen vornimmt, ist mit den Vorgaben der EU-Datenschutzgrundverordnung nicht vereinbar, zumal hier gar keine Öffnungsklausel für das nationale Recht vorgesehen ist. Die seitens des BMI angeführte Begründung für eine mitgliedstaatliche Regelungsbefugnis aus einer „Zusammenschau verschiedener Befugnisse“ ist nicht akzeptabel. Eine solche „Zusammenschau“ würde eine beliebige Erweiterung der datenschutzrechtlichen Regelungen im nationalen Datenschutzrecht ermöglichen. Derartige Ausnahmeregelungen widersprechen dem Grundansatz der DSGVO und sollten unterbleiben, insbesondere da nationale Regelungen in diesem Bereich nicht erforderlich sind.

4. Anpassung zum Datenschutz im Telemediengesetz fehlen

Es überrascht, dass in einem umfassenden Gesetzentwurf zur Überarbeitung des Datenschutzrechts nicht die erforderlichen Anpassungen im Telemediengesetz angesprochen werden. Gerade vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils vom 19.10.2016 besteht hier umgehender Anpassungsbedarf, da diverse Einschränkungen, die durch die Datenschutzbestimmungen in den §§ 13 ff. TMG vorgegeben sind, nicht mit der DSGVO im Einklang stehen.

Insofern sollte diese Anpassung auch im Rahmen des „Datenschutz-Anpassungs- und -umsetzungsgesetz EU“ erfolgen, da gerade dies für viele Unternehmen eine große Relevanz hat.

III. Fazit

Der vorliegende Referentenentwurf zur Umsetzung neuer datenschutzrechtlicher Bestimmungen des Europäischen Rechts in nationales Recht ist aus Sicht der Berliner Datenschutzrunde nicht praxistauglich. Es sollte im nationalen Recht eine klare Trennung zwischen den Bestimmungen erfolgen, die zur Anpassung an die Vorgaben der DSGVO eingeführt werden, sowie den Regelungen, die zur Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für den öffentlichen Bereich erfolgen.

Darüber hinaus bestehen inhaltliche Defizite, insbesondere hinsichtlich der Fortführung von Regelungen wie etwa zum Scoring und zur Datenübermittlung an Auskunftsteien. Für diese weitergehenden Regelungen besteht im nationalen Recht kein Regelungsspielraum. Dringender Klarstellungsbedarf besteht bei den Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz, da hier der Eindruck erweckt wird, es handele sich um eine abschließende Regelung für diesen Bereich. Tatsächlich kann es sich aber nur um eine ergänzende Regelung handeln, die die Vorgaben der DSGVO nicht verdrängt.

Wir würden uns freuen, wenn eine entsprechende Überarbeitung erfolgen könnte. Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Aspekte bietet der jetzige Referentenentwurf in der vorliegenden Form keine praxistaugliche Rechtsgrundlage für die mittelständische Wirtschaft.