



Die Werbewirtschaft

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

Stellungnahme zum Referentenentwurf
des Bundesministeriums des Innern

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

(Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU)

7. Dezember 2016

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist die Dachorganisation von 42 Verbänden der am Werbegeschäft beteiligten Kreise. Er vertritt die Interessen der werbenden Wirtschaft, des Handels, der Medien, der Werbeagenturen sowie der Werbeberufe und der Marktforschung. Er ist die gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft in Deutschland.

Der ZAW repräsentiert Investitionen in kommerzielle Kommunikation von 45 Mrd. Euro. Davon fließen 25 Mrd. Euro in die Werbung, inklusive 15,2 Mrd. Euro Netto-Werbeinnahmen der Medien. In Deutschland sind rund 900.000 Beschäftigte in den Arbeitsbereichen der Marktkommunikation tätig.

Werbung fördert Wirtschaftswachstum und Wohlstand, sie realisiert Innovationen und ist positiv mit der Qualität von Produkten [verknüpft](#). Werbung und kommerzielle Kommunikation sind zugleich unverzichtbare Grundlage für die Finanzierung vielfältiger, unabhängiger Medien und somit ein wesentlicher Faktor für ein freiheitliches, demokratisches und verantwortungsbewusstes Gemeinwesen – in Deutschland wie auch in Europa.

Im Rahmen unserer Stellungnahme zu dem Referentenentwurf für ein Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (im Folgenden: BDSG-neu) konzentrieren wir uns auf die zentralen Punkte, die in werbe- und medienwirtschaftlicher Hinsicht von entscheidender Bedeutung sind.

I. Vorbemerkung: Zum Bewertungsmaßstab

Der Erfolg der deutschen Wirtschaft ist abhängig davon, dass Unternehmen neue Kunden werben und bestehende Kundenbeziehungen pflegen können. Die Verarbeitung von Daten ist für die qualifizierte werbliche Kommunikation notwendig. Die Europäische Datenschutz-Grundverordnung (im Folgenden: DS-GVO) erkennt das Interesse der Wirtschaft an der Verarbeitung personenbezogener Daten zu werblichen Zwecken als ein berechtigtes Interesse ausdrücklich an (Erwägungsgrund 47). Zugleich beinhaltet sie – auf europäisch einheitlicher Basis – die zentralen Leitplanken für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu werblichen Zwecken. Hieraus resultiert ein hohes Schutzniveau. Konzeptionell wird dabei von einer ganzen Reihe kleinteiliger, oftmals prohibitiver und – gemessen an der derzeit noch geltenden Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG; im Folgenden: DSRL) – zweifelhafter Regeln des BDSG-alt abgesehen. Der ZAW ist der Ansicht, dass die neue Grundkonzeption für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu werblichen Zwecken keiner nationalen Korrektur bedarf und begrüßt, dass der Entwurf zum BDSG-neu hiervon auch absieht. Sie wäre ohnehin nicht europarechtskonform und würde das Ziel einer europäischen Harmonisierung der Rechtsgrundlagen unterlaufen.

Die DS-GVO enthält indes eine Reihe von Regelungen, die national ausgestaltet und angepasst werden können. Die DS-GVO selbst eröffnet Regelungsspielraum. Der politische Einigungsprozess hat im Text der DS-GVO zugleich Unzulänglichkeiten hinterlassen, die sich im Rahmen der nationalen Umsetzung teilweise reparieren lassen.

Maßgeblich für unsere Einschätzung des BDSG-neu ist damit, ob für den nicht-öffentlichen Bereich betreffend Werbung, Marketing sowie die Markt-, Sozial- und Meinungsforschung:

- ausgewogene und wettbewerbstaugliche Datenverarbeitungsregeln bereitgestellt werden

und

- eine praktikable, zukunftstaugliche und verordnungskonforme Rechtspraxis sicherstellt wird.

Mit Blick auf die vorgenannten Maßstäbe sehen wir, dass der Entwurf zum BDSG-neu eine ganze Reihe zielführender und gut begründeter Vorschläge enthält, insbesondere zu den formalen Rechtsverpflichtungen datenverarbeitender Unternehmen und zu der Thematik zweckändernder Datenverarbeitung. Die Kritik, die hieran (bereits) geübt wurde, ist weitgehend nicht sachgerecht und unter wirtschafts- und standortpolitischen Gesichtspunkten nicht überzeugend. Bestehende Spielräume und Regelungsbefugnisse der DS-GVO sollten keinesfalls verkürzt oder gar negiert werden. Sie sind Bestandteil des europäischen Gesetzes. Wenn ihr Gebrauch wirtschaftlich sinnvoll und datenschutzpolitisch vertretbar ist, was insbesondere dann der Fall ist, wenn hierbei auf bewährte Regelungen des deutschen Datenschutzrechts zurückgegriffen werden kann, bestehen keine durchschlagenden Argumente, hiervon abzusehen.

Besonders hervorzuheben sind hiernach die nachfolgenden Punkte:

- Datenverarbeitungen zu Zwecken der Forschung und Statistik sind rechtssicher und praxistauglich zu regeln.
- Der Zweckbindungsgrundsatz ist weiter zu konkretisieren und die Rechtsgrundlagen auf die Geltendmachung von Interessen Dritter zu erweitern.
- Die Informationspflichten gegenüber den betroffenen Personen sind praxistauglich auszugestalten.

Zudem bitten wir um Berücksichtigung unserer Ausführungen zu verschiedenen Bestimmungen zum Themenkomplex Aufsicht und Rechtsdurchsetzung (unter III.).

II. Regelungen zur Datenverarbeitung

1. Anwendungsbereich, § 1 BDSG-neu

Die DS-GVO stellt nationale Umsetzungsspielräume für die Datenverarbeitung der Wirtschaft unzweifelhaft zur Verfügung. Sie ist insoweit eine Verordnung mit Richtlinienelementen. Deshalb ist eine innereuropäische Konfliktregelung, vergleichbar der aus der DSRL (s. Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL), erforderlich. Sie obliegt, da die DS-GVO hierzu keine Regelung trifft, den Mitgliedstaaten. Die Regelung in § 1 Abs. 4 BDSG-neu ist in dieser Hinsicht sachgerecht und standortpolitisch nachvollziehbar.

2. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, §§ 22, 25 BDSG-neu

Zu statistischen Zwecken und insbesondere im Bereich der wissenschaftlich fundierten Markt- und Meinungsforschung werden besondere Kategorien von Daten im Sinne der DS-GVO erhoben und verarbeitet. Die Notwendigkeit hierfür ist unbestritten. Dies geschieht in anonymisierter Form. Die vorgeschlagenen § 22 Abs. 1 lit. d, § 25 Abs. 1 BDSG-neu bieten hierfür – den eingeräumten Regelungsspielraum der DS-GVO nutzend – eine belastbare Rechtsgrundlage. Dies schafft Rechtssicherheit. Der ZAW befürwortet die Regelungen, zumal (der erste Schritt der Anonymisierung) die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen nicht beeinträchtigt, sondern diesen in besonderer Weise Rechnung trägt.

Darüber hinaus begrüßen wir, dass der Entwurf in seiner Begründung zu § 25 BDSG-neu die private Forschung einbezieht. In Bezug auf mediensoziologische und –ökonomische, insbesondere werbewirtschaftliche Zusammenhänge beruhen Erkenntnisse gleichermaßen auf öffentlichen und privaten Beiträgen, respektive Forschungsleistungen. Die Bibliotheken der deutschen Hochschulen und Institute im Bereich Publizistik, Medienwissenschaft und Journalismus wären ohne die Media-Marktforschungsstudien der anerkannten Markt- und Meinungsforschungsinstitute kaum brauchbar. Eine Beschränkung von Forschungsregelungen auf öffentlich-rechtliche Forschung würde den Beitrag der privaten Forschung in gesamtgesellschaftlicher Hinsicht erheblich beeinträchtigen.

3. Verarbeitung zu anderen Zwecken, § 23 BDSG

Die Zweckbindungsregeln der DS-GVO sind, vorsichtig ausgedrückt, konzeptionell und im Hinblick auf die Erfordernisse der Praxis problematisch. Dass die nach der DS-GVO bestehenden Umsetzungsspielräume im BDSG-neu genutzt werden sollen, um sich in dieser Hinsicht der bewährten Praxis des BDSG-alt anzunähern, ist überaus wichtig. Die Regelungen in § 23 Abs. 2 Nr. 3, 4 BDSG-E sind gemeinschaftsrechtlich zulässig. Und sie sind datenschutz- und wirtschaftspolitisch so sinnvoll wie notwendig.

a) Begründung

Ausgangspunkt ist, dass, wie verschiedene dem ZAW und anderen Organisationen der Werbe- und Medienwirtschaft vorliegende Schreiben der Fachminister aus dem BMJV, BMWI und BMI belegen, es übereinstimmende Position der BReg bei den Verhandlungen zur DS-GVO war, die ebenso legitimen wie legalen Geschäftsmodelle mit zweckändernder Datenverarbeitung (im Bereich der Werbewirtschaft) auch unter den europäischen Regeln nicht zu gefährden. Wir erinnern in diesem Zusammenhang insbesondere an das Fachgespräch im BMI vom 19. Dezember 2014, bei dem sich auch die Vertreter des BMJV explizit für diese Maßgabe ausgesprochen hatten. Diese Linie muss auch nach der Verabschiedung der DS-GVO gelten, wenn es um die Beurteilung von Regelungsspielräumen nach der DS-GVO geht. Das BMJV hat in seiner Stellungnahme zum ABDSG-E vom 31. August 2016 (S. 4) geäußert, das bisherige Datenschutzniveau dürfe im Zuge der der DS-GVO nachfolgenden nationalen Gesetzgebungen nicht unterschritten werden. Wir meinen, dass dann auch die Möglichkeiten und Befugnisse der datenverarbeitenden Wirtschaft nicht weitergehend eingeschränkt werden dürfen und bestehende Gestaltungsspielräume der Verordnung, die Fortführung bislang legaler Handlungsspielräume eröffnen, deshalb auch genutzt werden müssen. Wenn die politische Linie der BReg bei den Verhandlungen zu dem Rechtsakt nunmehr mit den Bordmitteln der DS-GVO verwirklicht werden kann, muss diese Linie nunmehr verwirklicht werden.

Der gesetzgeberische Spielraum zur Verabschiedung der Regelungen ist gegeben. Wortlaut, Systematik und Zweck von Art. 6 Abs. 4 DS-GVO eröffnen die Möglichkeit, nationale Regeln zur zweckändernden Datenverarbeitung für sämtliche in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO genannten Ersterhebungsszenarien zu erlassen. Der Rückgriff auf nationale Normen, sofern von der Gestaltungsbefugnis Gebrauch gemacht wurde, ist nach dem Konzept der DS-GVO sogar vorrangig, denn der Verantwortliche ist, wie der Wortlaut von Art. 6 Abs. 4 DS-GVO ausweist, lediglich dann gehalten, den Kompatibilitätstest durchzuführen, wenn eine nationale (oder unionsrechtliche) Rechtsgrundlage nicht existiert. Auch dies streitet für den vorgeschlagenen Ansatz des BDSG-neu, eine nationale Regelung zu erlassen. Eine Begrenzung der Öffnungsklausel in Art. 6 Abs. 4 DS-GVO auf die Datenverarbeitungszwecke des Kap. IX DS-GVO ist aus der DS-GVO nicht ersichtlich. Ebenso wenig wird dort die nationale Regelungskompetenz im Hinblick auf Datenverarbeitungen durch nicht-öffentliche Stellen ausgeschlossen. Die relevanten Maßgaben für den nationalen Gesetzgeber finden sich in Art. 23 DS-GVO. Die Möglichkeit einer Öffnungsklausel für den privatwirtschaftlichen Bereich wird dort ausdrücklich in Abs. 1 lit. i textiert, indem dort von den „Rechten und Freiheiten anderer Personen“ gleichberechtigt neben dem Schutz des Betroffenen die Rede ist, und zwar ohne weitere persönliche oder berufsbezogene Qualifizierungsmerkmale.

Auch die qualifizierten Voraussetzungen, die die DS-GVO für den Erlass einer mitgliedstaatlichen Regelung nach Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 DS-GVO vorsieht, sind mit Blick auf § 23 Abs. 2 Nr. 3, 4 BDSG-neu gegeben bzw. erfüllbar.

Die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 4 DS-GVO, wonach die nationale Regelung eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellen muss, um jeweils eines der in Art. 23 Abs. 1 DS-GVO genannten Ziele zu erreichen, ist für § 23 Abs. 2 Nr. 4 BDSG-neu erfüllt. Sie ist erfüllbar für Art. 23

Abs. 2 Nr. 3 BDSG-neu, wenn die nach dem BDSG ohnehin erforderliche Interessenabwägungsklausel als ein etabliertes Korrektiv zur Berücksichtigung des Schutzes des Betroffenen noch eingebaut wird (s. hierzu unter b).

Damit fügt sich die Regelung nahtlos in die Systematik zulässiger Datenverarbeitungen nach der DS-GVO ein: Kann der Verantwortliche oder ein Dritter für die zweckändernde Datenverarbeitung ein berechtigtes Verarbeitungsinteresse belegen und stehen überwiegende Interessen des Betroffenen der Datenverarbeitung nicht entgegen, wäre ein Verarbeitungsverbot eine reine juristische Förmelerei, die Datenneuerhebung eine datenschutzpolitisch sogar unerwünschte Erhebungsausweitung wider dem Grundsatz der Datensparsamkeit, Art. 5 Abs. 1 lit. c) DS-GVO. Die Regelungen des BDSG-neu sind damit weder neuartig noch besorgniserregend. Für den unmittelbar grundrechtsgebundenen – nicht aber -berechtigten – Bereich öffentlich-rechtlicher Datenverarbeitung ist diese Systematik höchstgerichtlich anerkannt (BVerfG, Urt. v. 20.4.2016, Az.: 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09). Wenn wir recht sehen, trägt der Entwurf diesem Zusammenhang für die nicht-öffentliche Datenverarbeitung auch Rechnung.

Der Vorschlag ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und aus wirtschaftspolitischer Sicht erforderlich und notwendig. Der Kompatibilitätstest ist für nahezu alle Mitgliedstaaten der Union, darunter Deutschland, „terra incognita“ und wegen seiner Konzeption als offene Generalklausel unter den Gesichtspunkten der Rechtsklarheit und -berechenbarkeit keine vorzugswürdige Option gegenüber der am bewährten datenschutzrechtlichen Konzept orientierten Abwägungsklausel. Die Rechtsfolgen, respektive Möglichkeiten des Verantwortlichen bei Inkompatibilität im Sinne von Art. 6 Abs. 4 DS-GVO sind unklar und unterschiedlichen Auslegungen zugänglich. Die Annahme, bei Fehlen einer Einwilligung zur zweckändernden Datenweiterverarbeitung (und gleichzeitiger Abwesenheit nationaler Regelungen), von einem strikten bzw. absoluten Datenweiterverarbeitungsverbot auszugehen, ist ungesichert. Die Annahme der Zulässigkeit des unmittelbaren Rückgriffs auf den unionsrechtlichen Erlaubnistatbestand in Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ist naheliegend, wird aber nicht selten bestritten. Allein diese Unsicherheit ist einer der schwereren Geburtsfehler der DS-GVO. Die Verordnung stellt in einem wirtschafts-, medien- und gesellschaftspolitisch höchst bedeutsamen Bereich keine klar operationalisierbare Rechtsgrundlage dar. Sicherlich, der nationale Gesetzgeber kann dieses Problem, den Mangel an Rechtsklarheit des Gemeinschaftsrechts, nicht mit dem Instrument des BDSG-neu vollständig aufheben. Die datenverarbeitende (Werbe-)Wirtschaft kann aber genauso wenig darauf verwiesen werden, für die bislang legalen wie legitimen Weiterverarbeitungen auf den Erlaubnistatbestand der Einwilligung zu setzen – jedenfalls, wenn der Weg zu einer Öffnungsklausel gegeben ist.

Die Einwilligung hat als Erlaubnistatbestand im Zusammenhang mit dem Thema „Zweckänderung“ – dogmatisch betrachtet – keine überzeugende Bedeutung. Vor allem aber steht sie praktisch für die Mehrheit der Unternehmen nicht zur Verfügung. Die Gründe hierfür sind dem BMI, aber auch den anderen Ministerien bekannt. Sie haben nichts an Aktualität eingebüßt. Von den Regelungen in § 23 Abs. 2 BDSG-neu abzusehen, würde zu massiven Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten der Netzwerkeffekte ausnutzenden Log-In-Monopolisten der Internet-Plattformökonomie gegenüber den klein- und mittelständischen Mitbewerbern, die keine auch nur annäherungsweise vergleichbare

Einwilligungsbasis haben, führen. Der nationale Gesetzgeber ist also gut beraten, von der eingeräumten Regelungskompetenz Gebrauch zu machen.

Der Einwand, Harmonisierungsziele aus dem Auge zu verlieren, verfängt demgegenüber nicht. Die unvoreingenommene Bestandsaufnahme ergibt, dass gewisse Abstriche bei den Harmonisierungseffekten der DS-GVO inhärent sind. Sie sind auch Folge der unausgereiften Bordinstrumente, die die DS-GVO selbst zur Verfügung stellt, und damit praktisch unvermeidlich. Ein Mehr an Rechtssicherheit und wenigstens die Chance, ein level playing field zu realisieren, ist dagegen nur durch eine nationale Bestimmung erreichbar. Die Regelungen in § 23 Abs. 2 Nr. 3, 4 BDSG-neu bewegen sich damit nicht nur innerhalb der Grenzen des gemeinschaftsrechtlich Zulässigen. Die Regelungen stellen das Mindestmaß politisch legitimer, praktisch sinnstiftender und wirtschaftlich notwendiger Regulierung dar.

b) Gebotene Verbesserungen

Die nachfolgenden weiteren Verbesserungen sollten umgesetzt werden:

(aa) Auch Artikel 5 Absatz 1 lit. b, 2. Halbsatz DS-GVO enthält eine Ausnahme zur Zweckbindung. Deshalb sollte es in § 23 Absätze 1, 2, 3 und 4 BDSG-neu jeweils lauten:

„über Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b) 2. Halbsatz und 6 Absatz 4 der Verordnung (EU) 2016/669 hinaus zulässig“

(bb) Wieso in § 23 Absatz 2 BDSG-neu im Gegensatz zu den anderen Absätzen die Einschränkung „nur“ enthalten ist, erschließt sich uns nicht. Das Wort sollte auch hier gestrichen werden. Bereichsspezifische oder europarechtliche Regelungen können weitere Rechtsgrundlagen vorsehen und/oder sie werden dies zukünftig.

(cc) Schließlich – besonders bedeutsam – wurde eine wichtige Legitimationsgrundlage für Zweckänderungen, die in § 28 Absatz 2 Nr. 2 b BDSG-alt geregelt ist, nicht übernommen. Die Vorschrift umfasst die Zweckänderung im Interesse eines Dritten. Nach der DS-GVO (Artikel 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO) müssen die Interessen des Verantwortlichen gleichwertig zu denen eines Dritten behandelt werden. Diese normative Wertung verlangt Berücksichtigung im Wortlaut des BDSFG-neu. Und sie ist auch datenschutzpolitisch vorteilhaft. Das sogenannte Lettershop-Verfahren, eine in Deutschland weithin verbreitete und infolge informationeller Gewaltenteilung besonders positiv bewertete Verarbeitung von Daten - ohne deren Übermittlung - würde hierdurch ermöglicht und gefördert.

Hinzuweisen ist zudem darauf, dass im BDSG-alt eine Abwägung mit den Interessen der betroffenen Person vorgesehen ist, diese aber in § 23 Abs. 2 Nr. 3 BDSG-E fehlt. Hiergegen bestehen jedoch keine Einwände. Sie sichert die Gemeinschaftsrechtskonformität der Bestimmung ab.

§ 23 Absatz 2 Nr. 3 BDSG-neu sollte daher wie folgt ergänzt werden:

"3. sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die betroffene Person ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Verarbeitung hat,"

4. Informationspflichten bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person, § 30 BDSG-neu

Die DS-GVO stärkt die Transparenzpflichten gegenüber den betroffenen Personen, überlässt aber – wie die DSRL – den Mitgliedstaaten Regelungsspielraum betreffend die Ausgestaltung der Ausnahmen hiervon. Insofern begrüßen wir, dass der Entwurf zum BDSG-neu diese Möglichkeit aufgreift. Allerdings sollten die Regelungen weiter gefasst sein und sich nicht nur auf spätere Zweckänderungen beziehen.

Die qualifizierte werbliche Ansprache wird in der Praxis mit der nicht direkt adressierten, an die Öffentlichkeit gerichteten Aufforderung zur Kontaktaufnahme initiiert. Die ausführliche Information, wie sie Artikel 13 Abs. 1, 2 DS-GVO vorschreibt, ist hier unmöglich oder unverhältnismäßig und – auch aus Verbrauchersicht – regelmäßig schlicht nicht sinnvoll, wenn nicht gar unerwünscht. Wenn beispielsweise in der Fernsehwerbung, in Print-Anzeigen, bei der Plakatwerbung, in Flyern, Postkarten oder ähnlichen Werbeformen mit (auch aus Rezipientensicht) limitiertem Raum- und Zeitbudget zur Kontaktaufnahme aufgefordert wird, ist es unmöglich oder unverhältnismäßig oder, wie gesagt, gar unerwünscht, umfassend über den Katalog der Angaben nach der DS-GVO zu berichten. Die Datenerhebung wird in diesen Fällen erst durch die Kontaktaufnahme der Personen, die sich angesprochen fühlen, ausgelöst. § 30 Absatz 1 BDSG-neu kann für dieses praktische Problem, welches durch den schieren Umfang der Angaben nach der DS-GVO begründet wird, eine sinnvolle Lösung anbieten. Sie sollte sich jedoch nicht auf den Fall der späteren Zweckänderung beschränken. Die Regelung sollte auch auf die Absätze 1 und 2 von Art. 13 DS-GVO verweisen („gemäß Artikel 13 Absatz 1, 2 und 3 der Verordnung“). Zugleich würde hiermit auch der Verweis auf Art. 13 Abs. 1, 2 DS-GVO in § 30 Abs. 3 S. 1 BDSG-neu nachvollziehbar.

Zur Schaffung von Rechtssicherheit ist weiterhin anzuraten, betreffen den Zeitpunkt der Informationserteilung bei der nachträglichen Information einen Gleichlauf mit der Informationspflicht zum Widerspruchsrecht aus Art. 21 Abs. DS-GVO sicherzustellen. Andernfalls wären die Zeitpunkte, zu denen allgemein und speziell über das Widerspruchsrecht informiert werden muss, für die Praxis nicht hinreichend unterscheidbar, was weder im Interesse der Betroffenen noch der Unternehmen liegt. Der Anknüpfungspunkt an die „erste Kommunikation“ mit der betroffenen Person bietet sich hier an. Die zweiwöchige Frist in § 30 Abs. 3 BDSG-neu ist demgegenüber zu statisch. Die Regelung sollte lauten:

„spätestens jedoch ~~innerhalb von zwei Wochen~~ zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation mit der betroffenen Person, nach“)

In § 30 Abs. 3 S. 1 BDSG-neu wird bislang nur der Fall der Unmöglichkeit textiert. Zu ergänzen ist auch der Fall der Unverhältnismäßigkeit. Hierdurch würde Konsistenz mit Absatz 1 der Regelung hergestellt („als unmöglich oder unverhältnismäßig erweist“).

Angesichts des Umfangs der Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DS-GVO ist schließlich eine gesetzgeberische Handreichung zu der Frage sinnvoll, wann bzw. wie Informationen durch Verweis auf eine Webseite erfolgen können. Die Möglichkeit abgestufter Informationskonzepte sollte gesetzgeberisch positiv unterstützt werden. Angesichts des enorm angewachsenen Informationsumfangs nach der DS-GVO ist Bedarf hierfür gegeben, und zwar im Interesse der Unternehmen wie der Betroffenen. Teilweise verweist der Entwurf zum BDSG-neu auf die Information der Öffentlichkeit und stellt klar, dass es sich hierbei auch um eine Information mittels einer Webseite handeln kann. Damit wird Erwägungsgrund 58 S. 2 DS-GVO aufgegriffen. Diese Linie könnte und sollte in der Begründung zu §§ 30-35 BDSG-neu aber dezidierter und damit für Rechtsanwendung brauchbarer hinterlegt werden:

„Bei der Frage, ob eine Information unmöglich oder unverhältnismäßig ist, sollte unter anderem berücksichtigt werden, dass Erwägungsgrund 58 der Verordnung (EU) 2016/679 die Möglichkeit der öffentlichen Bereitstellung der Information vorsieht. So können beispielsweise die umfangreichen Detailinformationen, die Art. 13 Absatz 2 und Art. 14 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 fordern, durch Verweise auf eine Webseite bereitgestellt werden.“

III. Regelungen betreffend Aufsicht und Rechtsdurchsetzung

1. Bußgeld- und Strafverfahren, § 39 BDSG-neu

Die DS-GVO sieht einen Bußgeldrahmen für Rechtsverstöße vor, der im Vergleich zu der Verletzung anderer Rechtsgüter kaum mehr als kohärent angesehen werden kann. Es ist daher richtig, angemessen, dass der Entwurf zum BDSG-neu eine Fortsetzung des bisherigen Bußgeldrahmens vorsieht. Die DS-GVO setzt einen Höchststrahmen fest. Niedrigere Grenzen sollten aber erlaubt sein, wenn sie ihre Wirkung nicht verfehlen. Eine Erhöhung des Bußgeldrahmens sollte daher nicht vom Start weg, sondern erst dann erfolgen, wenn der nunmehr vorgesehene Bußgeldrahmen die hiermit intendierten Wirkungen nachweislich verfehlt.

2. Verfahren der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, § 18 BDSG-neu

§ 19 Abs. 2 S. 4, 5 BDSG-neu sollten gestrichen werden. Das dort initiierte Überstimmungsrecht hat nicht nur inter-behördliche Effekte. Es schränkt zugleich immer auch die Beteiligungsrechte der betroffenen Unternehmen an unmittelbar entscheidungserheblicher Stelle ein. Unternehmen haben im Kohärenzverfahren nach Art. 63 bis 66 DS-GVO kein unmittelbares Beteiligungsrecht. Die Schnittstelle zwischen dem betroffenen Unternehmen, das im nationalen Verfahren Verfahrensbeteiligter ist, und dem (hierauf bezogenen) Entscheidungsprozess beim Europäischen Datenschutzausschuss ist die federführende Aufsichtsbehörde. Die Position der Aufsichtsbehörde ist

nach dem Entwurf zum BDSG-neu ohne Beteiligung des betroffenen Unternehmens durch einfache Mehrheit der anderen Aufsichtsbehörden abänderbar, womit auch die Position des verfahrensbeteiligten Unternehmens zum Gegenstand des Abstimmungsverhaltens Dritter, nicht zuständiger Behörden, wird. Hieran ändert die Vorbefassung der zuständigen Aufsichtsbehörde nichts, denn diese kann ihre Position im Europäischen Datenschutzausschuss nicht abschließend festlegen. Dies erscheint rechtstaatlich bedenklich.

Die Regelung ist auch praktisch nicht zielführend, nämlich immer dann, wenn, insbesondere bei komplexen (digitalen) Verarbeitungsfragen, Geschäftsabläufe, deren Organisation und technische Umsetzung in Rede stehen. Sie werden häufig unter Einbeziehung der zuständigen Aufsichtsbehörde entwickelt und abgestimmt. Die zuständige, befasste und informierte Behörde sollte die Möglichkeit haben, ihre sachverhaltsnähere Position im Europäischen Datenschutzausschuss zumindest vertreten zu lassen.

Kontakt:

Dr. Bernd Nauen

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

+49 30 59 00 99 -700 Telefon

+49 30 59 00 99 -722 Telefax

nauen@zaw.de