

Stellungnahme des Bundesverbands Digitale Wirtschaft e.V. zur Evaluierung des am 25.05.2018 in Kraft getretenen Bundesdatenschutzgesetzes durch das Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat

15.01.2021

Vorbemerkungen

Der **Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V.** ist die Interessenvertretung für Unternehmen, die digitale Geschäftsmodelle betreiben oder deren Wertschöpfung auf dem Einsatz digitaler Technologien beruht. Als Impulsgeber, Wegweiser und Beschleuniger digitaler Geschäftsmodelle vertritt der BVDW die Interessen der digitalen Wirtschaft gegenüber Politik und Gesellschaft und setzt sich für die Schaffung von Markttransparenz und innovationsfreundlichen Rahmenbedingungen ein. Sein Netzwerk von Experten liefert mit Zahlen, Daten und Fakten Orientierung zu einem zentralen Zukunftsfeld.

Ansprechpartner:

Christian Dürschmied
Referent Datenschutz,
Data Economy
T: +49 30 2062186-23
duerschmied@bvdw.org

Stellungnahme

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Teilnahme an der Evaluierung und möchten diese gerne aktiv unterstützen. Hierzu möchten wir zu ausgewählten Fragen in der gebotenen Kürze gerne Stellung nehmen wie folgt:

Fragen (Teil 1)

I. Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

1. Ist der Anwendungsbereich in § 1 BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar geregelt?

Grundsätzlich ist der Anwendungsbereich in § 1 BDSG sachgerecht, praktikabel und normenklar geregelt.

Allerdings sollten folgende Punkte beachtet werden:

- Wir empfehlen bei § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG die Formulierung „(...) oder gespeichert werden (...)“ ersatzlos zu streichen, da hiervon auch bereits Verarbeitungstätigkeiten umfasst werden, bei welchen die Absicht zur Speicherung besteht. Dies ist nicht sachgerecht und dürfte in der Praxis leicht übersehen werden.
- Auch der Wortlaut von § 1 Abs. 4 S. 2 BDSG ist aus sich heraus nicht verständlich, da zunächst auf die Unanwendbarkeit abgestellt wird, bestimmte Regelungen jedoch Anwendung finden sollen. In der Folge stellt sich also die Frage, ob und ggf. inwieweit Regelungen außerhalb der §§ 8 bis 21, 39 bis 44 BDSG relevant sind. Es sollte klarstellend aufgenommen werden, dass sich der Verweis auf Art. 3 DS-GVO bei Niederlassungen in Drittstaaten nur auf das Inland bezieht (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG).

2. Sind die Begriffsbestimmungen in § 2 BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar?

Grundsätzlich sind die Begriffsbestimmungen in § 2 BDSG zu nicht-öffentlichen Stellen sachgerecht, praktikabel und normenklar geregelt.

II. Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung

1. Sind die Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung in den §§ 3, 4, 22, 23 und 24 BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar?

Mit Blick auf § 4 BDSG bietet es sich an, die Anforderungen an die Videoüberwachung für nicht-öffentlich zugängliche Arbeitsplätze interessengerecht festzulegen.

Hinsichtlich der Formulierung bei § 22 Abs. 1 S. 1 BDSG, wonach die Verarbeitung sensibler Daten „abweichend“ von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO zulässig sein soll, sollte klargestellt werden, ob damit die Erlaubnisnormen des BDSG neben die Erlaubnisnormen der DS-GVO treten sollen.

Es stellt sich die Frage, ob § 23 BDSG und § 24 BDSG abschließend die möglichen Zweckänderungen regeln oder ob etwa auch ein Rückgriff auf Art. 6 Abs. 4 DS-GVO möglich ist. Eine Verarbeitung zu anderen Zwecken

bei Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von „zivilrechtlichen Ansprüchen“ ist zu eng gefasst.

2. Sind die Rechtsgrundlagen für die Datenübermittlung in § 25 BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar?

Der Verweis in § 25 BDSG auf § 23 BDSG erfordert Klarstellungen. Aus der Gesetzesbegründung sollte die Zulässigkeit den §§ 15, 16 BDSG a. F. entsprechen (vgl. BT-Drucks. 18/11325, S. 96).

3. Sind die Regelungen in Bezug auf besondere Verarbeitungssituationen in den §§ 26 bis 31 BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar?

Zu § 26 BDSG:

- Ohne das Dateierfordernis für den Beschäftigtendatenschutz (vgl. § 26 Abs. 7 BDSG) kommt es in der Praxis gerade im Bereich der Betroffenenrechte zu erheblichen Erfüllungsschwierigkeiten und auch gerichtlichen Auseinandersetzungen. So sind ohne ein Dateierfordernis beispielsweise auch handschriftliche Aufzeichnungen und Notizen vom Auskunftsrecht umfasst. Praktisch ist es jedoch kaum umsetzbar, sämtliche Aufzeichnungen und Notizen im Rahmen eines Auskunftersuchens zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund hoher Bußgelder und auch Schadensersatzansprüchen durch Betroffene, ist diese Situation für Unternehmen weder sachgerecht noch praktikabel. Gerade auch Konflikte zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern werden über ein solch weites Auskunftsrecht ausgetragen und führen durch den weiten Umfang des Auskunftsanspruchs zu einem weitreichenden Informationsrecht, dass dem Arbeitnehmer eine nahezu mit dem US-amerikanischen Recht vergleichbare „Pretrial Discovery“ ermöglicht – dies führt zu einer unzumutbaren Belastung für Unternehmen und ist im Rahmen von arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen nicht im Interesse der Parteien.
- Fraglich ist, inwieweit im Rahmen der Anwendung von § 26 BDSG eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich ist. Hierdurch besteht in der Praxis eine gewisse Rechtsunsicherheit,

insbesondere im Zusammenhang mit sensiblen Daten wie beispielsweise zu einer Krankheit oder Behinderung.

- Die Freiwilligkeit einer Einwilligung sollte auch -neben den gesetzlichen aufgeführten Fallgruppen- explizit einer umfassenden Abwägung der Umstände zugänglich sein.
- Nach wie vor stehen umfassendere Regelungen zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Kontrollmaßnahmen durch den Arbeitgeber aus, obwohl diese im Rahmen der vorhandenen technischen Möglichkeiten und auch der Arbeitsabläufe in Unternehmen eine hohe Relevanz haben. Die vielfältigen berechtigten Gründe für eine Kontrolle von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber stehen dabei in einem Konflikt mit dem Interesse an informationeller Selbstbestimmung des Arbeitnehmers. Die vorliegenden Regelungen des Datenschutzrechts sind weder geeignet noch in der Lage, diese gegenläufigen Interessen rechtssicher in Einklang zu bringen. Die aktuellen Regelungen liefern hierzu nahezu keine Lösungsansätze. Der Gesetzgeber ist dringend gehalten, sich mit dieser Thematik erneut auseinanderzusetzen, nachdem dies schon mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes im Jahr 2010 nicht gelungen ist.

An dieser Stelle sei auch die Kontrolle des E-Mail-Verkehrs erwähnt, die in der Praxis erheblichen Rechtsunsicherheiten unterliegt. Wenn etwa die private Nutzung des betrieblichen E-Mail-Accounts zugelassen wird, so ist nach wie vor die Frage ungeklärt, ob der Arbeitgeber hierdurch als Diensteanbieter i. S. d. Telekommunikationsgesetzes (TKG) anzusehen ist und er im Falle berechtigter Kontrollen des E-Mail-Verkehrs in das strafrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis eingreift. Gleiches gilt für die Kontrolle der Internetnutzung.

Ein anderes Beispiel dafür, dass nach wie vor erhebliche Rechtsunsicherheiten beim Einsatz neuer Technologien und der Kontrolle von Arbeitnehmern stehen, zeigen sich bei technischen Ortungsmöglichkeiten (beispielsweise GPS, RFID-Chips), bei der Verarbeitung biometrischer Daten oder bei Screening-Verfahren.

Die Regelungen der §§ 27 bis 31 BDSG erscheinen im Wesentlichen sachgerecht, praktikabel und normenklar zu sein. § 31 BDSG sollte jedoch auch Übermittlungsvoraussetzungen definieren.

III. Datenschutzbeauftragte öffentlicher und nichtöffentlicher Stellen

1. Sind die Regelungen zu Datenschutzbeauftragten nichtöffentlicher Stellen in § 38 BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar?

Grundsätzlich sind die Regelungen in § 38 BDSG sachgerecht und praktikabel, da insbesondere kleinere Unternehmen und Vereine entlastet werden sollen. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Möglichkeiten für eine weitergehende Entlastung -auch unabhängig von § 38 BDSG- bereits vollständig ausgeschöpft sind.

2. Mit dem Zweiten Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU (2. DSAnpUG-EU) wurde in § 38 Absatz 1 Satz 1 BDSG die maßgebliche Zahl der Personen, ab der ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter zu benennen ist, von 10 auf 20 angehoben. Angestrebt wurde damit vor allem eine Entlastung kleiner und mittlerer Unternehmen sowie ehrenamtlich tätiger Vereine.

a) Welche Wirkungen hat die Änderung des § 38 Absatz 1 Satz 1 BDSG nach Ihrer Kenntnis erzielt?

Es hat sich die Möglichkeit erweitert, von der Benennung eines Datenschutzbeauftragten Abstand zu nehmen – weitergehende Erleichterungen haben sich hierdurch nicht ergeben. Weitergehende Entlastungsmöglichkeiten sollten -unabhängig von § 38 BDSG- vollständig ausgeschöpft werden.

b) Hat die Änderung der Norm nach Ihrer Kenntnis zu einer Erleichterung für Unternehmen und Vereine geführt?

Wie vor.

IV. Zusammenarbeit, Zuständigkeiten und Befugnisse der Aufsichtsbehörden

1. Ist die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden im BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar geregelt?

Die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden ist nicht ausreichend geregelt. Die Datenschutzaufsichtsbehörden sollten gesetzlich noch weitgehender dazu verpflichtet werden, einen einheitlichen Vollzug sicherzustellen. Dies kann bestehende Unsicherheiten abbauen, da -etwa je nach Bundesland- unterschiedliche Rechtsauffassungen bestehen können, die auch einer einheitlichen Gesetzesanwendung entgegenstehen. Darüber hinaus entstehen so Debatten darüber, ob Deutschland -wie in anderen Mitgliedstaaten auch- nur eine zentrale Datenschutzaufsichtsbehörde haben sollte. So werden von den 17 deutschen Landesdatenschutzaufsichtsbehörden und vom Bundesdatenschutzbeauftragten, mithin 18 Datenschutzaufsichtsbehörden, beispielsweise unterschiedliche Auffassungen zur Einholung einer Einwilligung zum Setzen von Cookies oder einwilligungsbedürftiger Verarbeitungstätigkeiten bei Telemediendiensten vertreten. Auch bei internationalen Datentransfers werden unterschiedliche Auffassungen vertreten, die nicht nur zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, sondern auch innerhalb Deutschlands den Wettbewerb zwischen Unternehmen stark beeinträchtigen können. Dies ist für Unternehmen nicht zumutbar.

Datenschutzaufsichtsbehörden sollten gesetzlich noch stärker angehalten werden, einen einheitlichen Vollzug sicherzustellen. Dies umfasst auch, dass deutsche Aufsichtsbehörden ihren Vollzug an anderen europäischen Mitgliedstaaten orientieren, d. h. letztlich einen einheitlichen europäischen Vollzug sicherstellen. Dabei kann beispielsweise geregelt werden, wann, zu welchem Zeitpunkt, in welcher Form und über welches Verfahren eine einheitliche Vollzugspraxis zu datenschutzrechtlichen Themen herbeigeführt werden muss, wenn unterschiedliche Standpunkte zwischen den Aufsichtsbehörden vertreten werden.

2. Sind die Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden im BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar geregelt?

Es sollten in die Aufgaben der Datenschutzaufsichtsbehörden vorrangig in den Blick genommen werden. Unternehmen brauchen zudem Beratung statt Sanktion.

3. Gibt es aus Ihrer Sicht neben den in den Fragen 1 bis 2 angesprochenen Aspekten Änderungsbedarf bei der Regelung der Datenschutzaufsicht im BDSG und wenn ja, worin besteht er?

Wie vor.

V. Betroffenenrechte

Sind die Regelungen zu den Betroffenenrechten in den §§ 32 bis 37 BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht, praktikabel und normenklar?

Zu § 32 BDSG:

Zunächst sollte -wie in der ursprünglichen Entwurfsfassung- die Ausnahme des § 32 Abs. 1 Nr. 1 BDSG schon dann greifen, wenn die Informationen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würden. Es sollte jedoch nicht geprüft werden müssen, ob auch das Interesse des Betroffenen an der Information nach den Umständen des Einzelfalls als gering anzusehen ist. Dies führt in der Praxis nicht zur bezweckten Erleichterung von kleineren und mittleren Unternehmen.

Zu § 33 BDSG:

Auch § 33 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) BDSG sollte sich -im Gleichlauf mit § 32 BDSG- auf rechtliche Ansprüche abstellen und nicht nur auf „zivilrechtliche Ansprüche“. Dies ist nicht sachgerecht.

Zu § 34 BDSG:

Die noch im Gesetzgebungsverfahren ausgewiesene Bezugnahme auf § 33 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) BDSG sollte wieder aufgenommen werden. Diese muss auch eine Ausnahmeregelung für die Fälle schaffen, in welchen sich der Verantwortliche gegen rechtliche Ansprüche des Betroffenen verteidigt. Im Ergebnis ist dies sachgerecht und auch im Einklang mit Art. 15 DS-GVO. Darüber hinaus liegt auch ein erheblicher Wertungswiderspruch zu anderen Regelungen vor. So kann der Betroffene hierüber etwa gebührenpflichtige Dokumentationen ohne Kosten erhalten (z. B. Dokumentationen zur Behandlungen nach § 630 g Abs. 2 S. 2 BGB). Darüber

hinaus wird einem dem US-Recht entsprechenden „Pre-Trial-Discovery“-Anspruch Vorschub geleistet.

Erhebliche Rechtsunsicherheiten bestehen nach wie vor bei der Feststellung, ob die Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand im rechtlichen Sinne darstellt. Es sollte hier klargestellt, inwieweit die Interessen des Verantwortlichen konkret Berücksichtigung finden. Die Konkretisierung der Ausnahmevorschrift sollte -aufgrund ihrer hohen Relevanz für die Praxis und den bei Auskunftserteilungen an sich hohen Aufwänden- weit gefasst sein, um Unternehmen zu entlasten.

Zudem sollten weitergehende Möglichkeiten bestehen, damit Unternehmen einen Missbrauch des Auskunftsrechts unterbinden können. Ferner sollten Betroffene noch stärker dazu angehalten werden können, Auskunftersuchen zu präzisieren oder auf konkrete Verarbeitungstätigkeiten zu beziehen. Schließlich sollte klar herausgestellt werden, dass Geheimhaltungsinteressen der Unternehmen zu berücksichtigen sind.

Zu § 35 BDSG:

Die Ausnahmevorschrift sollte sich -wie auch in der Entwurfsfassung- nicht nur auf nicht-automatisierte Datenverarbeitungen beschränken. Darüber hinaus sollte ein unverhältnismäßiger Aufwand allein ausreichen. Rückausnahmen sind nicht sachgerecht und führen in der Praxis zu Rechtsunsicherheiten.

§ 35 Abs. 2 BDSG ist nicht normenklar, sondern unzureichend gefasst worden. So ist bereits der Verweis auf Abs. 1 S. 1 nicht nachvollziehbar. Offen bleibt dadurch, ob für § 35 Abs. 2 BDSG auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 S. 1 BDSG gelten sollen. Im Zusammenhang mit § 35 Abs. 2 BDSG bleibt auch unklar, wie der Rückbezug auf Art. 18 DSGVO zu verstehen ist („ergänzend“).

Auch § 35 Abs. 3 BDSG ist nicht sachgerecht. Es können nicht nur Fälle des Art. 17 Abs. 1 lit. a) DSGVO zu einer Pflichtenkollision für den Verantwortlichen führen. Die weiteren Fälle sollten daher ebenfalls ausgenommen werden.

Zu § 37 BDSG:

Die Privilegierung aus § 37 Abs. 1 Nr. 1 BDSG sollte nicht nur Versicherungsverträge umfassen, sondern grundsätzlich für alle Verträge offenstehen und ferner auch Konstellationen von Drittbegünstigungen umfassen.

Mit Blick auf § 37 Abs. 2 BDSG sollte auch klargestellt werden, dass über § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG nicht nur Art. 9 Abs. 2 lit. g) DS-GVO in den Blick genommen wird, sondern Art. 22 DS-GVO insgesamt.

VI. Haftung und Sanktionen

1. Sind die Regelungen zu Sanktionen in den §§ 41 bis 43 BDSG aus Ihrer Sicht sachgerecht und normenklar?

Zu § 41 BDSG:

Mit § 41 Abs. 2 Satz 3 BDSG wird § 69 Abs. 4 Satz 2 OWiG in den Blick genommen, was angemessen erscheint. Allerdings sind die Amtsgerichte auch in anderen Rechtsgebieten durchaus befugt, Geldbußen in Millionenhöhe festzusetzen (§§ 30, 130 Abs. 3 OWiG), sodass die Regelung vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar ist.

Schließlich sind keine sachgerechten verfahrensrechtlichen Vorschriften zur Besetzung der Kammern für Bußgeldsachen am Landgericht ersichtlich. Auch mit Blick auf § 41 Abs. 1 BDSG i. V. m. § 71 Abs. 1 OWiG, welche in Bußgeldverfahren auf die StPO und das GVG verweisen, dürfte dies keine sachgerechte Verfahrensvorschrift darstellen, insbesondere soweit die Kammern der Landgerichte in Bußgeldsachen mit zwei Richtern und zwei Schöffen zu besetzen sind. Die Besetzung des Landgerichts in Bußgeldverfahren bei Datenschutzverstößen sollte noch geregelt werden, sodass die mittlerweile auch politisch geforderte Streichung von § 41 Abs. 1 S. 3 BDSG nicht mehr zur Diskussion steht und verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ausgeräumt sind.

Es stellt sich weiter die Frage, ob nicht gerade für diese komplexe Rechtsmaterie auf spezialisierte Kammern für Datenschutz zurückgegriffen werden sollte und hierzu eine gesetzliche Regelung geschaffen werden muss.

Es sollte gesetzlich herausgestellt werden, dass das Opportunitätsprinzip nach § 47 OWiG Anwendung findet.

Zu § 42 BDSG:

Die datenschutzrechtliche Literatur zeigt auch an dieser Stelle Unklarheiten auf. So kann beispielsweise klargestellt werden, dass der Begriff der Entgeltlichkeit nicht weit zu verstehen ist (so etwa BGH, Urteil v. 4.6.2013, 1 StR 32/13) und daher nicht jeder Verstoß gegen § 42 Abs. 2 BDSG zu einem Strafbarkeitsrisiko in Unternehmen, insbesondere für Mitarbeiter, führt. Dies hat enorme praktische Bedeutung, sodass die Begriffe „Entgeltlichkeit“ bzw. „Bereicherungsabsicht“ eindeutig einer sehr engen Auslegung zugänglich sein müssen.

2. In wie vielen Fällen haben nach Ihrer Kenntnis Landgerichte gemäß § 41 Absatz 1 Satz 3 BDSG über einen Einspruch gegen einen Bescheid über ein Bußgeld von mehr als 100.000 (einhunderttausend) Euro wegen eines Verstoßes nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 DS-GVO entschieden? (Bitte nach Jahren und Landgerichten aufschlüsseln)

Es dürfte -soweit ersichtlich- ein Fall vorliegen. Dies betrifft das Urteil des Landgerichts Bonn vom 11. November 2020 (29 OWi 1/20).

3. Sind die Regelungen zu Haftung und Sanktionen insgesamt sachgerecht und normenklar?

Inwieweit insbesondere weitergehende strafrechtliche Sanktionen sinnvoll sind, ist fraglich. Das Nebenstrafrecht sollte nur in Extremfällen greifen. Generell sollten Haftung und Sanktionen eingehend geprüft und überdacht werden. Der Gesetzgeber sollte dies noch deutlicher herausstellen, da in der Praxis vermehrt und vorschnell auch strafrechtliche Sanktionierungen und eine Haftung von Unternehmen gefordert werden. Dies erschwert Unternehmen nicht nur Innovationen, sondern sorgt für erhebliche Verunsicherung, gerade bei kleineren und mittelständischen Unternehmen.

VII. Allgemein zu den Regelungen des BDSG

1. Wie bewerten Sie das BDSG insgesamt in Bezug auf die Sachgerechtigkeit, Praktikabilität und Normenklarheit der Bestimmungen?

Wie vor. Insbesondere die aufgezeigten Problemfelder sollten berücksichtigt werden, um eine weitere Verbesserung der Sachgerechtigkeit, Praktikabilität und der Normenklarheit zu erreichen.

2. Bestehen in Ihrer datenschutzrechtlichen Praxis Schwierigkeiten mit der Auslegung und Anwendung des BDSG? Wenn ja, welche Schwierigkeiten sind das und auf welche Regelungen des BDSG beziehen sie sich?

Wie vor.

Bei weiteren Fragen stehen wir selbstverständlich gerne auch persönlich zur Verfügung.