

# Stellungnahme

## zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (DSAnpUG-EU) vom 23.11.2016

07. Dezember 2016

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.400 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.600 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlands-umsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Susanne Dehmel**  
**Mitglied der Geschäftsleitung**  
**Vertrauen & Sicherheit**  
T +49 30 27576-223  
s.dehmel@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Vorbemerkung

Grundsätzlich befürwortet der Bitkom eine möglichst schlanke Anpassungsgesetzgebung für den nicht-öffentlichen Bereich, um die durch die Verordnung erreichte Harmonisierung des europäischen Datenschutzgesetzrahmens nicht zu konterkarieren. Für die international agierenden Unternehmen ist es für eine effiziente Umsetzung der Verordnung im gesamten Unternehmen oder der gesamten Unternehmensgruppe wichtig, dass es nicht zu viele nationale Sonderregeln gibt. Auch zur Erleichterung des Abschlusses von Verträgen über die Landesgrenzen hinweg ist die Einheitlichkeit des Rechts entscheidend. Beim Gebrauch der Öffnungsklauseln sollte dieser Aspekt unbedingt im Auge behalten werden.

Soweit Öffnungsklauseln für den nicht-öffentlichen Bereich genutzt werden, sollten die als erforderlich erachteten Regelungen den anderen Mitgliedsstaaten frühzeitig mitgeteilt werden und es sollte angestrebt werden, in Absprache mit den übrigen Mitgliedsstaaten die Nutzung der Öffnungsklauseln einheitlich zu handhaben. Dies gilt

zum Beispiel für die Herabsetzung der Altersgrenze für die Einwilligung, für die sich seit der Entscheidung über den Verordnungstext im Rat bereits viele Experten ausgesprochen haben.

Unternehmen benötigen zur Vorbereitung auf die Datenschutz-Grundverordnung Planungs- und Rechtssicherheit auf Basis verlässlicher und transparenter Rechtsgrundlagen. Gleichzeitig ist ein zukunftsorientiertes Verständnis der Verordnung wichtig, um den Einsatz innovativer Datenverarbeitungsprozessen zu ermöglichen. Dies ist sowohl aus Standort- als auch aus Allgemeinwohlüberlegungen notwendig.

Nachfolgend finden Sie unsere Anmerkungen zum vorgelegten Referentenentwurf im Einzelnen. Aufgrund der Kürze der Frist zur Stellungnahme war es nicht möglich, sämtliche Regelungen abschließend und anhand von Praxisbeispielen zu prüfen. Wir behalten uns daher ergänzende Ausführungen vor.

## **1. Struktur**

Die nun gewählte Unterteilung in einen die Verordnung betreffenden und einen die Richtlinie umsetzenden Teil verbessert die Lesbarkeit des Entwurfs im Vergleich zu den Vorversionen deutlich. Allerdings ist der Entwurf aus Sicht nicht-öffentlicher Stellen immer noch unübersichtlich und seine Handhabung durch die Zusammenfassung von Richtlinie und Verordnung im Allgemeinen Teil 1 sowie durch die Unterscheidung von Regelungen für öffentliche und für nicht-öffentliche Stellen im Anwendbarkeitsbereich der Verordnung schwierig. Dazu trägt die teilweise wörtliche, teilweise nur annähernde Wiederholung des Wortlauts der Verordnung zum Zwecke der Richtlinienumsetzung bei, wie z. B. in den Begriffsbestimmungen. Dies könnte zu Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung und somit zu einem deutlich erhöhten Prüfungsaufwand in den Unternehmen führen. Eine Entzerrung könnte eventuell durch die Verteilung der Regelungen des allgemeinen Teils auf die gesonderten Teile für Verordnung, Richtlinie und sonstige Bereiche erreicht werden. Damit könnte auch die Kritik an Begriffswiederholungen im Anwendungsbereich der Verordnung begegnet werden.

## **2. Verhältnis Verordnung – deutsche Spezialgesetze**

Es bestehen noch Bedenken, dass der Verordnung widersprechende Vorgaben aus deutschen Spezialgesetzen zum Datenschutz über das Anwendungsdatum der Verordnung hinaus bestehen bleiben könnten. Für diesen Fall wäre eine Klarstellung zu § 1 Abs. 5 BDSG-neu hilfreich, dass die Verordnung in ihrem Anwendungsbereich auch Vorrang vor nationalen Spezialgesetzen hat (nicht nur vor dem BDSG-neu). Dies könnte zum Beispiel bei der Auftragsverarbeitung relevant werden, wo teilweise spezialgesetzliche Vorgaben vorhanden sind, die nicht mit der Verordnung vereinbar sind (z. B. § 80 SGB X, § 111a BBG u. a.). Das könnte zu neuer Rechtsunsicherheit und uneinheitlicher Handhabung führen.

### **3. Verfahren der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (§ 18 BDSG-neu)**

Angesichts der entscheidenden Rolle des Europäischen Datenschutzausschusses für die einheitliche Auslegung der Verordnung und für grenzüberschreitende Sachverhalte, sind die Positionierung beständiger Vertreter sowie die Sicherstellung von deren Handlungsfähigkeit essentiell, wenn Deutschland im Ausschuss eine tragende Rolle spielen möchte. Daher begrüßen wir, dass mit § 18 BDSG-neu eine Vorschrift geschaffen wird, die mit Festlegung eines Verfahrens der Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder sowohl die beständige Vertretung im Ausschuss als auch deren Möglichkeit dort Position zu beziehen regelt.

Nach unserer Einschätzung wäre es ebenfalls sinnvoll, wenn klargestellt würde, dass das Kohärenzverfahren (Artikel 56 DSGVO) aus der Verordnung auch für Konstellationen gilt, die eine Zusammenarbeit der deutschen federführenden Aufsichtsbehörde mit anderen innerdeutschen Aufsichtsbehörden erfordern. Unterliegen solche Verfahren nicht denselben Regeln der Zusammenarbeit, die für zügige Entscheidungen sorgen sollen, besteht die Gefahr, dass die föderale Aufsichtsstruktur sich zum Standortnachteil für deutsche Unternehmen entwickelt.

### **4. Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext (§ 24 BDSG-neu)**

Die Verordnung sieht ausdrücklich ihre Regelungen als Basis und nationale Regelungen sowie auch Kollektivvereinbarungen (u. a. Betriebsvereinbarungen) als mögliche spezifische Regelungen für die Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis im Rahmen des Art. 88 (1) vor (siehe auch EG 155). In Deutschland sind hier vor allem Betriebsvereinbarungen zu nennen. Der durch Art. 88 definierte begrenzte Spielraum für nationale gesetzliche Bestimmungen muss bei der Formulierung von § 24 Berücksichtigung finden. Der Schutz der Arbeitnehmer ist durch die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertretungen und die betriebsverfassungsrechtlichen Verpflichtungen, deren Ausfluss auch Betriebsvereinbarungen sind, gewahrt. Der Vorschlag des BMAS hinsichtlich der Aufnahme der Leiharbeitnehmer, die beim Entleiher eingesetzt sind, in die Begriffsbestimmungen im Rahmen von § 24 Abs. 4 erscheint sachgerecht. Die Anforderungen zur Einwilligung ergeben sich bereits ausreichend aus Art. 7 DS-GVO.

### **5. Verarbeitung von einer Geheimhaltungspflicht unterliegenden Daten (§ 26 BDSG-neu)**

§ 26 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG-neu erscheinen sinnvoll. Bei § 26 Abs. 2 BDSG-neu stellt sich die Frage, ob er sich auch auf den Auftragsverarbeiter erstreckt, was aus unserer Sicht der Fall sein müsste. Zu § 26 Abs. 2 letzter Satz müsste sichergestellt werden, dass die dabei gewonnenen Informationen von der Informationserteilung nach den Informationsfreiheitsgesetzen ausgenommen werden. Gibt es eine entsprechende Kollisionsklausel?

## 6. Einschränkung der Betroffenenrechte (§§ 30-35 BDSG-neu)

Die Verordnung räumt den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit zu einer verhältnismäßigen Beschränkung der Betroffenenrechte ein, sofern nationale Gesetze oder übergeordnete Interessen dies erfordern. Im Sinne der Harmonisierung sollte davon jedoch nur Gebrauch gemacht werden, wo es aus praktischen oder rechtlichen Gründen unbedingt erforderlich ist und das Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 23 der Verordnung in der Begründung jeweils sorgfältig belegt werden kann.

Der in § 30 Abs. 3 S. 1 BDSG-neu geregelte Fall, wonach der Verantwortliche seiner Informationspflicht zeitlich verzögert nachkommen kann, sofern sich die Information „...zum Zeitpunkt der Verarbeitung als unmöglich erweist“, erscheint nur für Fälle hilfreich, in denen die Unmöglichkeit einer ausreichenden Information sich nur auf die Erhebungssituation bezieht und sich die Information tatsächlich später nachholen lässt. Bei der gewählten Formulierung bleibt jedoch unklar, ob spätestens zwei Wochen nach Erhebung oder spätestens zwei Wochen nach Wegfall des Hinderungsgrundes die Information nachgeholt werden muss. In anderen Fällen wie z. B. beim – in der Begründung aufgeführten – Videoüberwachungsbeispiel wird der Grund für die Unmöglichkeit nicht fortfallen. Der Verantwortliche wird auch nach zwei Wochen nicht besser informieren können als bei Erhebung, da er die Betroffenen gar nicht kennt. Allenfalls kann er die Details über die Umstände der Verarbeitung auf einer Webseite oder durch Aushang bekannt machen. Das kann er in der Regel aber auch schon bei Erhebung. Der Einsatz von Instrumenten wie der Bekanntmachung auf einer Webseite wird in anderen Mitgliedsstaaten wie UK bereits als ausreichend angesehen. Dies wäre ergänzend klarzustellen.

In der Verordnung fehlen bei der Auskunftserteilung die den Beschränkungen der Informationspflichten entsprechende Ausnahmeregelungen wie wir sie aus § 34 Abs. 7 BDSG kennen. Hier sieht das BDSG-neu mit den §§ 25 Abs. 2, 26 Abs. 1 Nr. 2 und 32 Abs. 1 und 2 BDSG-neu Regelungen vor, die aus unserer Sicht den § 34 Abs. 7 i.V.m. § 33 Abs. 2 Nr. 2, 3, 5 und 6 BDSG-alt entsprechen.

Die Einschränkung des Rechts auf Löschung in § 33 Abs. 1 BDSG-neu entspricht der Regelung in § 35 Abs. 3 Nr. 3 BDSG-alt inhaltlich und entspricht somit ebenso den bisherigen Status quo. Eine Einschränkung der Verarbeitung kommt im Ergebnis einer Löschung personenbezogener Daten gleich, wenn aufgrund der technischen Rahmenbedingungen eine Wiederherstellung der Daten etwa durch eine Veränderung der Datenelemente nicht mehr möglich ist. Insbesondere in komplexen Datenbanken kann das Löschen einzelner Datensätze oder ihrer Teile die Struktur der Datenbank insgesamt gefährden oder sogar die Datenbank unbrauchbar machen – und zwar auch für solche Datensätze, die von der Löschung nicht betroffen wären.

## 7. Adressaten von Bußgeldern (§§ 39, 40 BDSG-neu)

Zu hinterfragen ist die Notwendigkeit und Praktikabilität des neuen Ordnungswidrigkeitstatbestands in § 40 Abs. 1 BDSG-neu. Diese Vorschrift knüpft Verstöße gegen Art. 83 Abs. 4 - 6 EU-DSGVO durch Mitarbeiter von Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern „in Ausübung ihrer Tätigkeiten für den Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter“ an ein Ordnungswidrigkeitsverfahren mit einer maximalen Geldbuße von bis zu 300.000 EUR.

## Stellungnahme < BDSG-neu >

Seite 5|5

Ausweislich des § 43 BDSG-alt ist unter der gegenwärtigen Rechtslage zwar eine Verhängung von Bußgeldern auch gegenüber einzelnen Mitarbeitern möglich. Allerdings hat sich in der Praxis eine weitgehende Anwendung der Zurechnungsregel in § 30 OWiG durchgesetzt, nach denen eine Verhängung von Bußgeldern gegen die verantwortliche juristische Person möglich ist. Das entsprechende Ergebnis – Verhängung des Bußgelds gegen juristische Personen – lässt sich auch unter unmittelbarer Anwendung der Regelung in Art. 83 EU-DSGVO erreichen, da Bußgelder gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter verhängt werden können, die jeweils natürliche oder juristische Personen umfassen können (Art. 4 Nr. 7, 8 EU-DSGVO). Eines zusätzlichen Ordnungswidrigkeitstatbestandes wie in § 40 Abs. 1 BDSG-neu geregelt, bedarf es somit nicht zwingend. Dies gilt umso mehr, als der Feststellung der in § 30 BDSG-neu festzustellenden Verstöße praktische Schwierigkeiten entgegenstehen dürften. Darüber hinaus ist das individuelle Unrecht durch mögliche Regressansprüche von Unternehmen gegen ihre für den Verstoß ggf. verantwortlichen Vorstände und durch den Straftatbestand in § 41 BDSG-neu (unter der zusätzlichen Voraussetzung einer Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht) hinreichend abgedeckt.

§ 40 Abs. 4 BDSG-neu erscheint sinnvoll, es fehlt aber noch, dass hierüber keine Informationspflicht aus Informationsfreiheitsgesetzen begründet wird.

## 8. Verfahren

Bedenken bestehen außerdem noch bei den Verweisen des Entwurfs ins OWiG und der Ausgestaltung des Verfahrens im Falle von Datenschutzverletzungen und der Verhängung von Bußgeldern. Im Einzelnen wird hierauf in einer gesonderten Tabelle eingegangen (siehe Anlage).

## 9. Altersgrenze für Einwilligung

Die Verordnung räumt den Mitgliedsstaaten ausdrücklich einen Spielraum zur Herabsetzung der Altersgrenze für die Einwilligung von 16 auf 13 Jahre ein. Eine Herabsetzung auf dieses Altersniveau wird generell für sinnvoll erachtet. Daher sollte Deutschland auch mit Blick auf seine Vorbildwirkung für andere Mitgliedsstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und mittelfristig auf eine Harmonisierung auf diesem Niveau hinwirken. Für den Schutz und die gesellschaftliche Teilhabe von jungen Menschen verantwortliche öffentliche Stellen in Europa sprechen sich ebenfalls bereits für eine Lösung in diesem Sinne aus (siehe etwa Stellungnahme Flämisches Kommissariat für Kinderrechte). Da der in der Datenschutz-Grundverordnung eröffnete Alterskorridor in Artikel 8 kurzfristig und ohne jegliche öffentliche Diskussion in den Gesetzestext aufgenommen wurde, ist eine Diskussion zu diesem wichtigen Thema nun unter Einbeziehung von Experten für mediale und informationelle Teilhabe, Schutz und Rechte von Kindern und Jugendlichen auf diesem Feld nachzuholen.