



2^B Advice

The Privacy Benchmark

ÖFFENTLICHE ANHÖRUNG

27.3.2017

BUNDESTAGSINNENAUSSCHUSS ZU

DSANPUG-EU, BT-DRUCKSACHE 18/1325

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	2
HERAUSFORDERUNG FÜR DIE DATENSCHUTZ-PRAXIS	3
1 DEUTSCHE DATENSCHUTZSTANDARDS ENTFALLEN:	5
2 ZU DEN REGELUNGEN DES GESETZENTWURFES IM EINZELNEN	6
2.1 ZU § 4 VIDEOÜBERWACHUNG ÖFFENTLICH ZUGÄNGLICHER RÄUME.....	6
2.2 ZU § 5 BENENNUNG.....	6
2.3 ZU § 7 AUFGABEN	7
2.4 ZU § 17 VERTRETUNG IM EUROPÄISCHEN DATENSCHUTZAUSSCHUSS, ZENTRALE ANLAUFSTELLE	7
2.5 ZU §26 DATENVERARBEITUNG FÜR ZWECHE DES BESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNISSES	8
2.6 ZU § 30 VERBRAUCHERKREDITE	8
2.7 ZU § 31 SCHUTZ DES WIRTSCHAFTSVERKEHRS BEI SCORING UND BONITÄTSAUSKÜNFTEN	8
2.8 ZU § 43 BUßGELDVORSCHRIFTEN	10

HERAUSFORDERUNG FÜR DIE DATENSCHUTZ-PRAXIS

Mit dem In-Kraft-Treten der EU-Datenschutzgrundverordnung (Art. 99¹) sind die geänderten Anforderungen an das Datenschutzmanagement in den betroffenen Unternehmen und Behörden abzubilden. Mit dem Wirksamwerden der DSGVO **am 25. Mai 2018 sind alle Regelungen direkt und ohne nationale Umsetzungsanforderung** in ganz Europa gültig.

Das Jahr 2017 muss demzufolge genutzt werden, um die geänderte Rechtslage zu analysieren und davon ausgehend:

- a) Maßnahmen zur Anpassung der Datenschutzmanagementprozesse innerhalb des Unternehmens/der Behörde,
- b) Maßnahmen zur Anpassung von Vertragswerken mit Auftrags(daten)verarbeitern/Auftraggebern und
- c) Maßnahmen zur Anpassung der Produkte und Dienstleistungen festzulegen, soweit diese personenbezogene Daten nutzen.

Der hierfür vorgesehene Umsetzungszeitrahmen von zwei Jahren ist bereits knapp bemessen – und schon jetzt fast abgelaufen ohne die erforderlichen nationalen Umsetzungen.

Die Unternehmen, Behörden, Datenschutzbeauftragten, Aufsichtsbehörden und Landesgesetzgeber benötigen deshalb schnell Rechtsklarheit zu allen nationalstaatlichen Umsetzungsrechtsakten auf Basis der Erlaubnisnormen der EU-DSGVO.

Das Datenschutzrecht erfährt gegenwärtig die größte Änderung der letzten 20 Jahre. Aus nationalen Regelungen zur Umsetzung des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung werden europäische Regeln zur Gewährleistung der Freizügigkeit des Datenverkehrs auch für personenbezogene Daten, die auch internationale Standards setzen. Die EU-Datenschutzgrundverordnung² ist nach mehr als 4jähriger Diskussion am **25. Mai 2016** in Kraft getreten. Sie sieht einen zweijährigen Anpassungszeitraum vor.

Damit bleibt den Unternehmen und Behörden nur noch ein kurzes Zeitfenster, um

¹ Artikelnummerierungen ohne weitere Bezeichnung sind immer solche der DSGVO, EG Nummer bezieht sich immer auf die Erwägungsgründe der DSGVO, §§ ohne Bezeichnung beziehen sich immer auf das BDSG

² VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung); L 119/4 Amtsblatt der Europäischen Union vom 4.5.2016

- alle bestehenden Datenverarbeitungsprozesse auf ihre weitere Zulässigkeit hin zu prüfen,
- alle Auftragsdatenvereinbarungen auf eine neue Rechtsgrundlage zu stellen,
- die neuen Informations- und Dokumentationspflichten umzusetzen,
- Prozesse zur Einhaltung der strengeren terminlichen und verfahrensrechtlichen Anforderungen einzuführen bzw. zu überarbeiten.

Bis zum 25. Mai 2018 müssen alle nationalen Datenschutzvorschriften auf den Prüfstand und ggf. neu erlassen werden. Da im Datenschutzrecht auch weiterhin der Grundsatz „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ (Art. 5 DSGVO) gilt, sind ab dann alle Datenverarbeitungsprozesse unzulässig, die ausschließlich auf den gegenwärtigen deutschen Regelungen beruhen.

Darüber hinaus wird die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (Polizei, Justiz) durch eine Richtlinie neu geregelt, die bis zum **6. Mai 2018** in nationales Recht umgesetzt werden muss.

Diese Umsetzung soll durch den

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)

erfolgen, zu dem ich wie folgt Stellung nehmen darf:

1 DEUTSCHE DATENSCHUTZSTANDARDS ENTFALLEN:

Für die Praxis wichtige spezifische Normen des bisherigen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG alt) **entfallen** mit der EU-DSGVO:

- § 4 Abs. 2 BDSG alt: Prinzip der Direkterhebung beim Betroffenen;
- § 4 d Abs. 4 BDSG alt: Meldung von Verfahren bei der Aufsichtsbehörde, bei denen geschäftsmäßig personenbezogene Daten zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder der Markt- oder Meinungsforschung gespeichert werden;
- § 4 d Abs. 5,6 BDSG alt: Vorabkontrolle von besonders risikoreichen Verfahren durch den Datenschutzbeauftragten;
- § 4g Abs. 2 Satz 2 BDSG alt: Verfahrensverzeichnis für Jedermann;
- § 5 BDSG alt : Verpflichtung auf das Datengeheimnis;
- Einwilligungsfähigkeit eines Kindes auch ohne elterliche Zustimmung bei Einsichtsfähigkeit
- § 28 Abs. 3 BDSG alt: Regelung zur Datenverarbeitung für Werbung;
- § 28a BDSG alt: Zulässigkeitsregelung für die Meldung von Negativ-/Positivdaten in den Auskunftsbestand von Auskunftfeien;
- § 28b BDSG alt: Transparenzvorschriften beim Scoring;
- § 29 BDSG alt: Verarbeitung für fremde Geschäftszwecke (Adresshändler, Auskunftfeien);
- § 30 BDSG alt: Verarbeitung für fremde Geschäftszwecke in anonymisierter Form;
- § 30a BDSG alt: Verarbeitung für Markt- und Meinungsforschung;
- §§ 28a, 28b, 34 Abs. 2 und 4 BDSG alt: Regelungen zu Datenübermittlungen an Auskunftfeien, Scoring, Auskunft

Der Bundesgesetzgeber sollte hier – wie es der Bundesinnenminister als politische Zielstellung des Gesetzentwurfes wiederholt bezeichnete – den Status Quo so weit wie möglich erhalten. Dies gelingt mit dem vorliegenden Entwurf nur in wenigen Punkten. Vielmehr werden wichtige, in oft langen politischen Diskussionsprozessen erzielte Kompromisse zwischen der verschiedenen berechtigten Interessenlagen ohne Not aufgelöst.

2 ZU DEN REGELUNGEN DES GESETZENTWURFES IM EINZELNEN

2.1 ZU § 4 VIDEOÜBERWACHUNG ÖFFENTLICH ZUGÄNGLICHER RÄUME

„Bei der Videoüberwachung von 1. öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen, wie insbesondere Sport-, Versammlungs- und Vergnügungsstätten, Einkaufszentren oder Parkplätzen, oder 2. Fahrzeugen und öffentlich zugänglichen großflächigen Einrichtungen des öffentlichen Schienen-, Schiffs- und Busverkehrs gilt der Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit von dort aufhältigen Personen als ein besonders wichtiges Interesse.“

Der Zweck dieser Regelung erschließt sich nicht. An die Definition als „besonders wichtiges Interesse“ knüpfen keine Rechtsfolgen an.

In der Begründung heißt es hierzu: „Absatz 1 Satz 2 schreibt die bisherige Regelung des § 6b Absatz 1 Satz 2 BDSG a. F. fort, die mit dem Entwurf eines Videoüberwachungsverbesserungsgesetzes in das BDSG a. F. aufgenommen werden soll. Soweit der Betreiber eine Videoüberwachung einsetzen möchte und die Schutzgüter Leben, Gesundheit oder Freiheit in den dort genannten Anlagen betroffen sein können, wird durch die Formulierung „gilt als...ein besonders wichtiges Interesse“ die Abwägungsentscheidung zugunsten der Zulässigkeit des Einsatzes einer Videoüberwachungsmaßnahme geprägt.“

Hier soll also einer Entscheidung vorgegriffen werden, die eine Abwägungsentscheidung dem Grunde nach überflüssig machen würde. Auch die Relativierung in Absatz 2 „zum frühestmöglichen Zeitpunkt“ führt zu einer völlig unklaren und willkürlich auslegbaren Rechtslage.

Empfehlung: Der bisherige §6b BDSG alt sollte unverändert und nur redaktionell in Absatz 4 angepasst übernommen werden.

2.2 ZU § 5 BENENNUNG

Gem. (1) benennen öffentliche Stellen „eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten“. Dies führt in der Praxis regelmäßig zu Problemen, wenn diese durch Krankheit, Elternzeit oder längere Abwesenheiten an der Ausübung ihres Amtes gehindert ist. Für diese Fälle sollte – wie es eine Reihe von Landesdatenschutzgesetzes bereits vorschreiben – auch eine Stellvertreterin zu benennen sein.

Empfehlung: §5 (1) ist wie folgt zu ändern: „Öffentliche Stellen benennen eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten **sowie eine Stellvertreterin oder einen Stellvertreter.**“

§5 (5) ist wie folgt zu ändern: „Die öffentliche Stelle veröffentlicht die Kontaktdaten der oder des Datenschutzbeauftragten **sowie der Stellvertreterin oder des Stellvertreters** und teilt diese Daten der oder dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit mit.“

2.3 ZU § 7 AUFGABEN

Zu den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten gehört es nach der DSGVO nicht mehr, das Verzeichnisse zu führen, die Datenschutzfolgenabschätzung durchzuführen oder den öffentlichen Teil des Verzeichnisses auf Antrag Jedermann zur Verfügung zu stellen. Damit werden den Datenschutzbeauftragten die wesentlichen Instrumente zur Durchsetzung der Datenschutzerfordernungen genommen. Dies ist vor dem Hintergrund zu erklären, dass die Funktion des Datenschutzbeauftragten in Europa unbekannt und durch die DSGVO nur in wenigen Ausnahmefällen eingeführt wird. Es spricht jedoch nichts dagegen, diese Aufgaben im neuen BDSG fortzuführen.

Empfehlung: §7 sollte wie folgt geändert werden:

„(1) Der oder dem Datenschutzbeauftragten obliegen neben den in der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Aufgaben zumindest folgende Aufgaben:

Neu 3. Durchführung der Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß § 67 dieses Gesetzes

Neu 6. Führung des Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten gem. Art. 30

Neu 7. Zugänglichmachung des Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten gem. Art. 30 auf Antrag für Jedermann mit Ausnahme der Angaben nach Abs. 1 Satz 2 Buchstabe g.“

2.4 ZU § 17 VERTRETUNG IM EUROPÄISCHEN DATENSCHUTZAUSSCHUSS, ZENTRALE ANLAUFSTELLE

Der Europäische Datenschutzausschuss koordiniert und entscheidet in Fragen der Datenschutzaufsicht im nicht-öffentlichen Bereich. Für die Aufsicht in diesem Bereich sind in weit überwiegenderem Umfang die Landesaufsichtsbehörden zuständig, die über die erforderliche Sachkunde und Sachnähe verfügen. Aus diesem Grund wäre die in Absatz 2 des Entwurfes vorgesehene Ausnahmeregelung der Übertragung der Aufgabenwahrnehmung auf die oder den Ländervertreter der Regelfall.

Empfehlung: §17 ist wie folgt zu ändern:

"(1) Gemeinsamer Vertreter im Europäischen Datenschutzausschuss und zentrale Anlaufstelle ist die oder der Vorsitzende der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder (gemeinsamer Vertreter). Die oder der Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit ist die ständige Stellvertreterin oder der ständige Stellvertreter des gemeinsamen Vertreters und leitet die Geschäftsstelle, die bei der Bundesbeauftragten oder dem Bundesbeauftragten errichtet wird.

(2) Der gemeinsame Vertreter überträgt in Angelegenheiten, die die Wahrnehmung einer Aufgabe betreffen, für welche der Bund allein das Recht zur Gesetzgebung hat, oder welche die Einrichtung oder das Verfahren von Bundesbehörden betreffen, dem Stellvertreter auf dessen Verlangen die Verhandlungsführung und das Stimmrecht im Europäischen Datenschutzausschuss.

2.5 ZU §26 DATENVERARBEITUNG FÜR ZWECKE DES BESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNISSSES

Der Entwurf soll in Absatz 1 die Datenverarbeitung auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen ermöglichen, verfehlt diese Ziel jedoch wesentlich, indem dort die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Beschäftigungsverhältnis auf der Basis einer Kollektivvereinbarung nur dann erlaubt wird, wenn diese für die Ausübung oder Erfüllung der sich hieraus „ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung“ erforderlich ist. Diese Regelung privilegiert mithin ausschließlich die Datenverarbeitung durch die Interessenvertretung. Diese Regelung steht damit im Widerspruch zu Absatz 4 des Entwurfes und sollte klarstellend korrigiert werden.

Empfehlung: §26 ist wie folgt zu ändern:

„(1) Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Aufgaben erforderlich ist.“

2.6 ZU § 30 VERBRAUCHERKREDITE

Die bisher bestehende Pflicht zur Meldung von Verfahren bei der Datenschutzaufsichtsbehörde, bei denen geschäftsmäßig personenbezogene Daten zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder der Markt- oder Meinungsforschung gespeichert werden, entfällt aufgrund der Neuregelungen in Art. 30 DSGVO. Diese Meldepflicht stellt eine wichtige Säule der Überwachung dieser besonders sensiblen Datenverarbeitungen durch die Aufsichtsbehörden dar und sollte deshalb dringend beibehalten werden.

Empfehlung: §39 ist wie folgt zu ergänzen:

„(1a) Diese Stellen haben die Verzeichnisse der Verarbeitungstätigkeiten gemäß Art. 30 DSGVO der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde rechtzeitig anzuzeigen und alle zur Prüfung der Zulässigkeit erforderliche Angaben zu machen.“

2.7 ZU § 31 SCHUTZ DES WIRTSCHAFTSVERKEHRS BEI SCORING UND BONITÄTSAUSKÜNFTEN

Anders als in § 28a BDSG alt gibt es keine konkreten rechtlichen Anforderungen mehr an die Einmeldung von Forderungsdaten in Auskunfteien. Der neue § 31 Abs. 2 regelt nur noch, welche Forderungsdaten für die Score-Berechnung genutzt werden dürfen. Die grundsätzliche und davon unabhängige Frage, welche Forderungsdaten überhaupt an Auskunfteien übermittelt werden dürfen, bleibt künftig unregelt. Das ist aus Sicht der Verbraucherinnen und Verbraucher ein großer Rückschritt.

Mit § 28a Abs. 2 letzter Satz BDSG entfällt das für Kreditsuchende wichtige Verbot, sog. Konditionenfragen zu beauskunften und zu scoren. In § 28a Abs. 2 letzter Satz ist bislang ein von Verbraucher- und Datenschutz in langem Ringen erkämpftes Verbot enthalten: Das Verbot, sog. Konditionenfragen von Kreditsuchenden in dem Auskunftsdatensatz zu speichern und vor allem: für die Score-Berechnung zu verwenden.

Der neue § 31 Abs. 2 BDSG wird kaum praktische Relevanz haben – das Scoring von Forderungsdaten ist nicht das Problem. Liegen zu potentiellen Vertragspartnern bereits negative Zahlungserfahrungen vor, benötigen die Unternehmen keine Score-Werte, sondern wissen bereits aufgrund der Negativeintragungen, dass das Ausfallrisiko hoch ist. Score-Berechnungen sind daher für die Wirtschaft vor allem interessant, soweit es um Verbraucherinnen und Verbraucher geht, zu denen keine konkreten Einträge vorliegen. In diesen Fällen werden häufig verhaltensunabhängige Daten etwa zu Geschlecht, Alter und Wohnort (Wohnumfeldbewertung) für das Scoring genutzt. Die in § 31 Abs. 2 BDSG geregelten Forderungsdaten sind daher auch aus Sicht des Datenschutzes nicht die problematischen. Insoweit ist die Bedeutung des neuen § 31 Abs. 2 umgekehrt proportional zum Verlust, den die Betroffenen durch die Streichung des bisherigen § 28a BDSG alt erleiden werden.

Die bislang wichtigste rechtliche Einschränkung des Scoring (§ 28b Nr. 2 BDSG alt) entfällt – die allgemeine Anforderung in § 31 Abs. 1 BDSG ist kein adäquater Ersatz. Nach § 28b Nr. 2 BDSG alt dürfen nur die personenbezogenen Daten in eine Score-Berechnung einfließen, die auch außerhalb des Score-Verfahrens für den damit verfolgten Zweck genutzt werden dürfen. Während § 28b Nr. 1 BDSG alt als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung die statistische Relevanz jedes Score-Merkmals fordert, ist daher der § 28b Nr. 2 derzeit das entscheidende rechtliche Korrektiv. Deswegen ist es bislang unzulässig, für das Bonitäts-Scoring etwa Vornamen (wie in Frankreich teilweise geschehen), die Anzahl der Umzüge (Adressänderungen) oder (wie früher ebenfalls bei der SCHUFA) die Anzahl der datenschutzrechtlichen Selbstauskünfte nach § 34 BDSG alt zu verwenden – auch wenn sie mathematisch-statisch durchaus dafür geeignet wären.

Diese rechtliche Anforderung ist umso wichtiger, als nun Score-Anbieter auf den Markt drängen, die allgemein zugängliche Daten aus Facebook, Twitter und sonstigen Sozialen Netzwerken für die Score-Berechnung nutzen (Kreditech, Lenddo, LendUp, Wonga, Cignifi).

Die allgemeine Anforderung in § 31 Abs. 1 BDSG ist insbesondere in den Fällen kein adäquater Ersatz, in denen die Daten - wie in den oben genannten Beispielen - rechtmäßig erhoben wurden und nun „nur“ zweckändernd in die Score-Berechnung einfließen sollen. Denn mit den allgemeinen Regelungen der DSGVO zur Zweckänderung werden die Aufsichtsbehörden die zweckändernde Verwendung für das Scoring nicht unterbinden können.

Die speziellen Transparenz- und Betroffenenrechte der Verbraucherinnen und Verbraucher zum Scoring entfallen (insb. § 34 Abs. 2 und Abs. 4, § 35 BDSG). Die bisherigen bereichsspezifischen Regelungen zur Transparenz beim Scoring

(Auskunftsrecht, Kennzeichnung von Schätzdaten) sowie zur Sperrung und Löschung von Auskunftsdaten wurden nicht übernommen.

Empfehlung: Der § 31 BDSG ist wie folgt zu ändern:

Die Regelungen der bisherigen §§ 28 a, 28b, 29 und 34 (2), (4) und 35 BDSG alt sind redaktionell angepasst zu übernehmen.

2.8 ZU § 43 BUßGELDVORSCHRIFTEN

Der Gesetzentwurf will in §43 (3) BDSG auch weiterhin die Behörden und öffentlichen Stellen entgegen der Regelung der DSGVO von der Bußgeldandrohung ausnehmen. Hierfür ist weder ein Grund, noch ein legitimes Interesse erkennbar. Die Öffnungsklausel des Artikels 83 Absatz 7 DSGVO muss nicht zwingend umgesetzt werden. Vielmehr erscheint es angesichts der ständig zunehmenden Datenübermittlungen zwischen nicht-öffentlichen und öffentlichen Stellen geboten, hier für eine Gleichbehandlung zu sorgen. Um dem Argument der Haushaltsneutralität zu begegnen kann eine Zweckbindung der Bussgeldeinnahmen gesetzlich geregelt werden.

Empfehlung: Der §43 Abs. 3 ist wie folgt zu ändern: „(3) Werden gegen Behörden und sonstige öffentliche Stellen im Sinne des § 2 Absatz 1 Geldbußen verhängt fließen die Einnahmen der Verbesserung der Öffentlichkeitsarbeit der Aufsichtsbehörden zu.“

Bonn, 23.03.2017



Karsten Neumann