

**Stellungnahme  
zu Artikel 1  
des Entwurfs der Bundesregierung für ein Datenschutz-Anpassungs-  
und -Umsetzungsgesetz EU (DSAnpUG-EU<sup>1</sup>), BT-Drs. 18/11325  
vom 24. Februar 2017**

(Stand: 22.03.2017)

**I. Allgemein**

**1. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit benötigen Wirtschaft und Verwaltung eine Verabschiedung der Begleitgesetzgebung noch in dieser Legislaturperiode.**

Für die Umsetzung des neuen Datenschutzrechts ab dem 25. Mai 2018 durch die Unternehmen und die öffentliche Verwaltung ist es von sehr hoher Bedeutung, dass das vorliegende Gesetzesvorhaben bis zum Sommer 2017 abgeschlossen wird. Nur so erhalten die datenverarbeitenden Stellen rechtzeitig Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, in welchen Bereichen von den Gestaltungsmöglichkeiten der EU-Datenschutz-Grundverordnung 2016/679 (DS-GVO) im nationalen Recht Gebrauch gemacht wird. Eine spätere Begleitgesetzgebung zur DS-GVO könnte von den datenverarbeitenden Stellen faktisch nicht mehr bis zum Mai 2018 berücksichtigt werden.

**2. Die Begriffsbestimmung „anonymisieren“ sollte aufgenommen werden.**

Die Verwendung eines Begriffes, der bislang weder in der DS-GVO noch im BDSG-E definiert wird, wird zu Interpretationsschwierigkeiten bei Wirtschaft und Verwaltung und damit zu Rechtsunsicherheiten führen. In den §§ 27 III, 28 I, § 50 und § 71 I BDSG-E wird der Begriff „anonymisieren“ erwähnt. Ausgehend von der Vorbildfunktion, die eine bundesdeutsche Gesetzgebung bei der Umsetzung in Europa haben wird, ist die Definition dieser Begrifflichkeit für die Umsetzung der DS-GVO wie auch für die RL 2016/680 zu empfehlen. Dabei kann auch auf die bestehende Begriffsbestimmung aus § 3 Abs. 6 BDSG zurückgegriffen werden.

---

<sup>1</sup> Voller Titel: „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680“

### **3. Der Regierungsentwurf führt Regelungen des heutigen BDSG im Rahmen des EU-rechtlich Möglichen fort und schließt in konkretisierender Weise Regelungslücken der DS-GVO.**

Das Anliegen der Bundesregierung ist sehr zu unterstützen, mit den Regelungen in § 4 und §§ 22 bis 38 BDSG-E im Rahmen des EU-rechtlich Möglichen bewährte Vorschriften aus dem heutigen BDSG weiterzuführen. Damit wird die - auch von Herrn Prof. Roßnagel (jahrelanger Berater der Bundesregierung in IT- und Datenschutzfragen) festgestellte - „Unterkomplexität“ der DS-GVO unter Berücksichtigung der Betroffenenrechte in einem vernünftigen Maß ausgefüllt und Kontinuität im Datenschutzrecht erreicht. Beispielsweise gewährleistet eine möglichst weitgehende Fortführung der Ausnahmetatbestände bei den Informations- und Auskunftspflichten nach den heutigen §§ 33 Absatz 2 und 34 Absatz 7 BDSG, dass der Umstellungsaufwand für die datenverarbeitenden Stellen nicht höher ausfällt als wirklich notwendig. In der Gesamtbetrachtung aller zu berücksichtigenden Grundrechte der involvierten Parteien liegt ein angemessener Ausgleich zwischen dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen einerseits und Schutzgütern von verfassungsrechtlichem Rang der datenverarbeitenden Stellen (z.B. Wahrung von Geschäftsgeheimnissen) andererseits. Der Grundsatz des Übermaßverbots hat auch im Lichte der DS-GVO weiterhin seine Berechtigung.

### **4. Der „one-stop-shop“-Ansatz der DS-GVO bei der Datenschutzaufsicht sollte auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten etabliert werden.**

Wie auch vom Bundesrat in seinem Votum vom 10. März 2017 unter Ziffer 12 zu § 19 BDSG-E (vgl. BR-Drs.110/17) vorgeschlagen, sollte der „one-stop-shop“-Ansatz der DS-GVO auch bei innerstaatlichen Sachverhalten mit bundesweiter Bedeutung etabliert werden, da laut Regierungsentwurf die föderale Struktur der Datenschutzaufsicht beibehalten werden soll. Denn für grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb der Europäischen Union gelten spezielle Bestimmungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden (vgl. Artikel 56 und 60 ff. DS-GVO). Wählt ein EU-Mitgliedstaat - wie hier Deutschland - eine föderale Aufsichtsstruktur im Inland, so muss im Wege des Erstrechtsschlusses auch innerstaatlich das Gleiche gelten wie im EU-Kontext. Dementsprechend sollte § 19 BDSG-E wie vom Bundesrat vorgeschlagen ergänzt werden, um eine Regelung zur federführenden Zuständigkeit einer Datenschutzbehörde in den Fällen zu erhalten, in denen Aufsichtsfragen über die Grenzen eines Bundeslandes hinaus Bedeutung haben (z.B. bei bundesweit agierenden Unternehmen oder länderübergreifend einheitlich nutzbaren Produkten).

## **II. Zu einzelnen Vorschriften**

### **1. § 20 BDSG-E: Der Rechtsweg im Bußgeldverfahren sollte die Komplexität des Datenschutzrechts und den hohen Bußgeldrahmen der DS-GVO berücksichtigen.**

Angesichts des sehr hohen Bußgeldrahmens in Artikel 83 DS-GVO sollte die bislang im Regierungsentwurf vorgesehene Zuständigkeit von Amtsgerichten bei der Ahndung von Verstößen gegen das Datenschutzrecht überdacht werden. Die Bußgeldvorschriften der DS-GVO lehnen sich in der Höhe an entsprechende Regeln im EU-Kartellrecht an. Betrachtet man das Kartellrecht, so fällt auf, dass für dortige Bußgeldverfahren ein besonderer Rechtsweg geregelt ist, um bei den Gerichten Fachzuständigkeiten zu haben. So regeln die §§ 81 und 83 GWB in Bußgeldsachen

die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts, in dessen Bezirk die zuständige Aufsichtsbehörde ihren Sitz hat. Angesichts des sehr hohen Bußgeldrahmens der DS-GVO und zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes sollte der Rechtsweg zumindest ab einer bestimmten Bußgeldhöhe (z.B. 100.000 Euro) derart gestaltet werden, dass auf das Datenschutzrecht spezialisierte Spruchkörper bei einem Amtsgericht oder bei einer höheren Eingangsinstanz zuständig sind.

## 2. § 24 BDSG-E: Die Fortführung von Vorschriften zur Zweckänderung ist sinnvoll.

Die vorgesehenen Regeln in § 24 BDSG-E über zulässige Zweckänderungen sind im Lichte des Artikels 6 Absatz 4 DS-GVO zu begrüßen. Sie greifen zu Recht die bislang im BDSG enthaltenen Vorschriften auf und schaffen damit Kontinuität und Rechtssicherheit für die verarbeitenden Stellen, ohne das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen unverhältnismäßig zu beeinträchtigen. Doch sollte in der Vorschrift deutlicher werden, dass diese nicht abschließend sind, sondern die anderen Fälle der zulässigen Zweckänderung aus Artikel 6 Absatz 4 DS-GVO unberührt bleiben.

## 3. § 26 BDSG-E: Die „Kleine Lösung“ des BDSG für Regelung des Beschäftigungsdatenschutzes reicht zunächst.

Der Ansatz, den heutigen § 32 BDSG mit § 26 Absatz 1 BDSG-E fortzuführen, ist zu begrüßen, da damit rechtliche Kontinuität und Sicherheit geschaffen sowie der Anpassungsaufwand für Unternehmen und Verwaltung begrenzt wird. Aufgrund der kurzen Zeit in der aktuellen Legislaturperiode würde man das Gesetzesvorhaben ansonsten völlig überfrachten.

Zu den einzelnen Regelungen ist Folgendes anzumerken:

### Einwilligungslösung erhalten

Mit § 26 Absatz 2 BDSG-E soll der Grundsatz der Freiwilligkeit von Einwilligungen im Kontext von Beschäftigungsverhältnissen geregelt werden. Zu unterstützen ist die damit verbundene Aussage, dass Einwilligungen auch im Beschäftigungsverhältnis weiter möglich bleiben. Jedoch sollte die Regelung zur Einwilligung im Sinne eines schlankeren Gesetzestextes auf das Notwendige beschränkt werden, damit auch die diesbezügliche Rechtsprechung der Arbeitsgerichte fortgelten kann.

### Textform statt Schriftform der Einwilligung

Mit Blick auf die Digitalisierungsstrategie der Bundesregierung und der zunehmenden Bedeutung von digitalen Arbeitsabläufen erscheint die Anordnung der Schriftform nicht nur anachronistisch, sondern überzogen restriktiv, weil die DS-GVO gerade nicht die Schriftform für die Einwilligung verlangt. Auch sind die Beschäftigten im Datenschutzrecht durch das umfassende Widerrufsrecht zusätzlich geschützt, sodass für die Einwilligung die Textform als ausreichend anzusehen ist. Darüber hinaus ist der Verantwortliche schon im Interesse seiner Nachweispflicht gehalten, die Einwilligung in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren. Es wird folgende Formulierung von Absatz 2 vorgeschlagen:

*„Die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten kann auch auf der Grundlage einer Einwilligung erfolgen. Die Einwilligung bedarf der Textform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist.“*

### Steuerrechtliche Zwecke berücksichtigen

Die in § 26 Absatz 3 BDSG-E enthaltene Regelung ist sinnvoll, um eine im Beschäftigungsverhältnis häufig erforderliche Verarbeitung sensibler Daten weiter möglich zu machen. Zur Klarstellung sollte erwogen werden, auch den Zweck „Pflichten aus dem Steuerrecht“ als Rechtfertigungsgrund aufzunehmen, da z.B. die Verarbeitung von Daten über den Familienstand und die Religionszugehörigkeit im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses gewährleistet bleiben muss.

### Kollektivvereinbarungen als Erlaubnistatbestand

Sehr zu unterstützen ist auch § 26 Absatz 4 BDSG-E, wonach die Verarbeitung personenbezogener Daten einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses auch auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig bleibt (vgl. Erwägungsgrund 155 DS-GVO).

### Erweiterung des Beschäftigtenbegriffs um Leiharbeitnehmer

Die im § 26 Absatz 8 Nr. 1 BDSG-E vorgesehene Klarstellung, dass Leiharbeitnehmer nicht nur im Verhältnis zum Verleiher, sondern auch im Verhältnis zum Entleiher als Beschäftigte gelten, sollte beibehalten werden. Mit der Begriffsbestimmung im BDSG erfolgt lediglich eine Klarstellung, dass für die Verarbeitung der Daten der Leiharbeitnehmer im Rahmen der Entleiherung auch beim Entleiher die gleichen Grundlagen und Maßstäbe anzuwenden sind, wie bei Arbeitnehmern des Entleihers. Eine Differenzierung wäre hier bürokratiefördernd, nicht interessensgerecht und führt zu rechtlichen Unsicherheiten. So wäre ohne Aufnahme der Leiharbeitnehmer in die Begriffsbestimmungen beispielsweise bei dem Vorgehen eines Arbeitgebers zur Aufdeckung einer Straftat die Regelung aus § 26 Abs. 1 Satz 2 bei Leiharbeitnehmern nicht anwendbar. Auch bliebe ohne diese Klarstellung offen, inwieweit die Regelung aus § 26 Abs. 3 über die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses dann auch auf Leiharbeitnehmer zulässig anzuwenden wäre. Rechtsunsicherheiten wären die Folge.

Die arbeitsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer wird durch diese Klarstellung nicht tangiert: Auch bisher können beispielsweise Leiharbeitnehmer nach § 7 Satz 2 BetrVG auch aktiv an Betriebsratswahlen teilnehmen. Allein dadurch eröffnet sich bereits die Zuständigkeit eines Betriebsrates auch für diese Gruppe im Rahmen der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen, deren Interessen wahrzunehmen. Die Aufnahme in die Begriffsbestimmungen der Beschäftigten führt lediglich zum erforderlichen rechtssicheren Umgang des Entleihers mit den Daten der Leiharbeitnehmer.

#### **4. § 32 BDSG-E: Ein angemessener Interessenausgleich bei der Konkretisierung des Umfangs der Informationspflichten nach Artikel 13 DS-GVO ist zu unterstützen.**

Der Ansatz der Gesetzesvorlage ist sehr zu unterstützen. Zutreffend wird erkannt, dass im Vergleich zur heutigen Rechtslage die Informationspflicht nach Artikel 13 DS-GVO zu einer höheren Formalisierung der Informationserteilung durch Unternehmen und Verwaltung gegenüber dem Betroffenen führen kann. Wie mit Absatz 1 zutreffend festgestellt wird, gibt es Sachverhalte, in denen eine Unterrichtung zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt oder die Geltendmachung rechtlicher Ansprüche beeinträchtigen würde.

**5. § 33 BDSG-E: Die vorgesehene Übernahme weiterer Ausnahmen bei den Informationspflichten aus dem heutigen § 33 Absatz 2 BDSG ist sinnvoll.**

Die Ausnahmen in § 33 Absatz 1 Nr. 2 BDSG-E sind sachgerecht und eine erforderliche Konkretisierung der DS-GVO. Jedoch fehlt die Übernahme der bisherigen Ausnahmeregelungen des § 33 Absatz 2 Nr. 2, Nr. 7a, und 7b, 8a und 8b BDSG zu gesetzlichen Aufbewahrungspflichten und zur Übernahme von Daten aus öffentlichen Quellen. Viele Unternehmen (z.B. Kreditinstitute) sind aufgrund der Vorgaben zur Compliance und zur Geldwäschebekämpfung gehalten, Daten auch aus öffentlichen Quellen zu erheben. Eine Unterrichtung der davon Betroffenen könnte im Spannungsfeld zu den Zwecken Compliance und Geldwäschebekämpfung stehen. Deshalb sollten diese bisherigen Ausnahmetatbestände fortgeführt werden, zumindest bei Verfolgung der genannten Zwecke.

**6. § 34 BDSG-E: Es wird ein angemessener Interessenausgleich beim Auskunftsrecht der betroffenen Person erreicht.**

Die in § 34 Absatz 1 BDSG-E vorgesehenen Ausnahmen knüpfen an den heutigen § 33 Absatz 2 BDSG an. Diese sind eine sehr sinnvolle Konkretisierung der DS-GVO und äußerst wichtig, um den Anpassungsaufwand für speichernde Stellen unter Berücksichtigung der Güterabwägung auf ein vernünftiges Maß zu begrenzen. Dazu Folgendes zur Verdeutlichung bezugnehmend auf § 34 Absatz 1 Nr. 2 BDSG-E: Solche Daten, die nur noch zur Erfüllung von gesetzlichen Aufbewahrungspflichten vorhanden sind, sind heute schon gesperrt und damit nicht im laufenden Geschäftsbetrieb eines Unternehmens relevant (= „nicht operativer Datenbestand“). Weder für die speichernde Stelle noch für den Betroffenen haben solche „nicht operativen Daten“ eine aktuelle Bedeutung. Somit macht es auch aus der Sicht des Betroffenen keinen Sinn, solche Daten – ggf. mit großem Aufwand auf Seiten der speichernden Stelle (z.B. nachträgliche Digitalisierung von Mikrofilmen [micro fiches]) – zu beauskunften. Dieser Bewertung trägt § 34 Absatz 1 Nr. 2 BDSG-E zutreffend Rechnung.

**7. § 35 BDSG-E: Die Weiterführung der heutigen Sperrmöglichkeit im Rahmen der Löschungspflichten erleichtert die Umsetzung der DS-GVO in den Unternehmen.**

Der § 35 Absatz 1 Satz 1 BDSG-E regelt zutreffend, dass eine Löschung auch dann nicht verlangt werden kann, wenn diese wegen der besonderen Art der Speicherung nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich wäre. Die Vorschrift führt zur Rechtssicherheit und trägt dem allgemeinen Grundsatz Rechnung, dass das Recht nicht Unmögliches verlangen darf und hat klarstellende Wirkung. Satz 1 normiert insofern einen Fall der (wirtschaftlichen) Unmöglichkeit und erlaubt dort eine Sperre als Alternative, wo aus verarbeitungstechnischen Gründen eine Löschung nicht durchgeführt werden kann. Dies ist sachgerecht und trägt den Interessen des Betroffenen Rechnung. Denn gesperrte Daten sind für den laufenden Geschäftsbetrieb nicht mehr ohne weiteres zugänglich. Auch damit lässt sich der technische Umsetzungsaufwand bei den speichernden Stellen deutlich beschränken und unnötige Kosten vermeiden, ohne das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu beeinträchtigen.

## 8. § 37 BDSG-E: Erweiterung auch auf nicht vollumfänglich stattgebende Entscheidungen

Um den Weg in die Digitalisierung von Geschäftsprozessen gehen zu können, bedarf es eines nationalen Erlaubnistatbestandes für automatisierte Einzelfallentscheidungen, der nicht hinter § 6a BDSG zurückfällt. Ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung ist § 37 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E. Durch diese Regelung werden vollautomatisierte Entscheidungen gegenüber geschädigten Dritten, die nicht selbst Vertragspartner eines Versicherungsunternehmens sind, rechtssicher möglich. Das gilt nach dem Regierungsentwurf allerdings nur dann, wenn mit der Entscheidung dem Begehren des Betroffenen stattgegeben wird.

Nicht nachvollziehbar ist, warum nicht auch Entscheidungen erlaubt werden, bei denen dem Begehren des Betroffenen nicht vollumfänglich stattgegeben wird. Während nach Art. 22 Abs. 2 lit. a DS-GVO die vollautomatisierte Abwicklung eines Schadens im Rahmen des Versicherungsvertragsverhältnisses auch dann zulässig ist, wenn dem Begehren des Betroffenen nicht vollumfänglich stattgegeben wird, ist dies gegenüber einem geschädigten Dritten nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E nicht möglich, obwohl hier eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person werden offensichtlich durch den Verantwortlichen nicht tangiert, wenn dem Antrag der betroffenen Person in einem automatisierten Entscheidungsprozess stattgegeben wird.

Beim Einstieg in einen automatisierten Einzelfallentscheidungsprozess steht das Ergebnis der Entscheidung noch nicht fest. Stellt sich heraus, dass mit der Entscheidung dem Begehren des Betroffenen nicht vollumfänglich stattgegeben werden kann, müsste der gesamte automatisierte Ablauf gestoppt und die Angelegenheit einem Sachbearbeiter überwiesen werden. Es verzögert sich also die gesamte Schadenabwicklung. Für beide Seiten günstiger ist es hingegen, wenn die Entscheidung zunächst elektronisch fällt und der Betroffene sich, soweit er mit der gefällten Entscheidung nicht einverstanden ist, zur erneuten Überprüfung an den Versicherer wenden kann. Deshalb sollten vollautomatisierte Entscheidungen auch dann möglich sein, wenn vom Geschädigten Ansprüche geltend gemacht werden, die in ihrer Reichweite vom Leistungsumfang des Versicherers nicht mehr abgedeckt sind.

Die unterschiedliche Behandlung der Fälle trotz gleicher Interessenslage ist nicht nachvollziehbar und sollte durch Nutzung der Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO verhindert werden. Den Interessen der Betroffenen kann dabei Rechnung getragen werden, indem die Anforderungen des Art. 22 Abs. 3 DS-GVO auf diese Fallgruppe ausgedehnt werden.

Generell sollte überlegt werden, ob die Formulierung des § 37 Abs. 1 nicht enger an den Wortlaut des § 6a BDSG angelehnt werden kann, um über die Leistungserbringung in der Versicherungswirtschaft hinaus auch andere mögliche Drittkonstellationen zu erfassen.

## 9. § 41 BDSG-E: Aus dem Gesetz sollte deutlich werden, dass Mitarbeiter von Unternehmen nicht Sanktionsadressaten nach Artikel 83 DS-GVO sind.

Mit § 41 Absatz 1 BDSG-E werden die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sinngemäß für anwendbar erklärt. Aus der gewählten Formulierung wird nicht hinreichend deutlich, dass die sehr hohen und am Wettbewerbsrecht orientierten Sanktionsmöglichkeiten der DS-GVO sich ausschließlich an Verantwortliche oder an Auftragsverarbeiter richten, nicht aber an die Mitarbeiter der jeweiligen Stellen. Eine Einbeziehung von Mitarbeitern in die Bußgeldregeln mit

gleich hohem Bußgeldrahmen wäre unangemessen. Denn würden die persönlichen Bußgeldrisiken von Mitarbeitern derart hoch angesetzt, dann könnte beispielsweise die Ausübung des Amtes des betrieblichen Datenschutzbeauftragten wegen möglicher Existenzgefährdung für Mitarbeiter unattraktiv werden. Insofern sollte in Anknüpfung an Artikel 83 DS-GVO der § 41 Absatz 1 Satz 1 BDSG-E auf Verantwortliche und Auftragsverarbeiter wie folgt begrenzt werden:

*„Für Verstöße eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters nach Artikel 83 Absätze 4 bis 6 der Verordnung (EU) 2016/679 gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sinngemäß. Die §§ 17, 35 und 36 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten finden keine Anwendung.“*

## **10. Überprüfung der Begrifflichkeiten bei Umsetzung der RL 2016/680**

In den §§ 64 Abs. 1, 65 Abs. 1 und 66 Abs.1 BDSG-E werden in Umsetzung der RL 2016/680 neue Begrifflichkeiten eingeführt: Dort ist nun von „erheblicher Gefahr für Rechtsgüter betroffener Personen“ statt „(hohe) Risiken für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen“ wie in Art. 29-31 der RL 2016/680 bei den vergleichbaren Regelungen. Es wird angeregt zu prüfen, inwieweit hier ein redaktioneller Fehler vorliegt. Die Beibehaltung hätte Rechtsunsicherheiten für die Verantwortlichen, deren Auftragsverarbeiter, die zuständigen Aufsichtsbehörden und nicht zuletzt für die betroffenen Personen zur Folge.