



GESELLSCHAFT FÜR DATENSCHUTZ
UND DATENSICHERUNG e.V.

Stellungnahme

der Gesellschaft für Datenschutz
und Datensicherung e. V. (GDD)

zu dem Entwurf der Bundesregierung
(Stand: 10. Dezember 2008)

eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits
und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften

I. Vorbemerkung

Bereits im Nachgang zu dem Datenschutzgipfel Anfang September 2008 hatte das Bundesministerium des Innern den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und zur Regelung des Datenschutzaudits vorgelegt (Stand: 22.10.2008). Auf die diesbezügliche Stellungnahme der GDD vom 30.09.2008 (siehe E-Mail-Anlagen 3 und 4) wird an dieser Stelle Bezug genommen.

Den Entwurf eines Datenschutzauditgesetzes (DSAG) hat die GDD zum damaligen Zeitpunkt **nicht** als **entscheidungsreif** erachtet. Auch der nunmehr vorgelegte Entwurf bedarf einer grundlegenden Überarbeitung.

Die nachstehenden Ausführungen zur Änderung des **BDSG** beschränken sich auf drei wesentliche **Kernpunkte**, die im Regierungsentwurf anders geregelt sind als im vorangegangenen Referentenentwurf, sowie auf den Fall der Auftragsdatenverarbeitung und die Kompatibilität der vorgesehenen Regelungen mit der EG-Datenschutzrichtlinie.

II. Stellungnahme zu Kernpunkten des Entwurfs

Zu § 4f Abs. 3 BDSG-E (Betrieblicher Datenschutzbeauftragter)

In ihrer Stellungnahme zu dem Referentenentwurf hat die GDD unter anderem konkrete Vorschläge zur Stärkung und zum Kündigungsschutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten gemacht. Insofern ist erfreulich, dass der Regierungsentwurf - anderes als der Referentenentwurf - nunmehr einer Regelung zum Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten vorsieht.

Mit Blick auf den Erwerb der erforderlichen **Fachkunde** sollte der Entwurfstext, der insofern nur von der Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen spricht, dahingehend ergänzt werden, dass auch und insbesondere die (Grund-) **Ausbildung** des Datenschutzbeauftragten zu ermöglichen und von der verantwortlichen Stelle zu finanzieren ist. Gerade hierdurch wird die Basis der Fachkunde geschaffen.

Die GDD schlägt daher vor, die Wörter „Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen“ durch „Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen“ zu ersetzen.

Zu § 28 Abs. 3 BDSG-E (Einwilligung in die werbliche Verwendung personenbezogener Daten)

Nach Satz 1 der Vorschrift, soll die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels, der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung zulässig sein, soweit der Betroffene nach Maßgabe des § 28 Abs. 3a eingewilligt hat. Im Übrigen soll die Verarbeitung bzw. Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung nur unter den engen Voraussetzungen von § 28 Abs. 3 Sätze 2 - 5 zulässig sein, weswegen die Praxis zukünftig verstärkt auf die Einholung von Einwilligungserklärungen angewiesen wäre.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit und der besseren Lesbarkeit wird an dieser Stelle nochmals (vgl. bereits GDD-Stellungnahme vom 30.09.2008, S. 2) empfohlen die **Einwilligungsregelungen** in den bereits bestehenden und Form und Inhalt der Einwilligung regelnden § 4a BDSG zu integrieren. Aber nicht nur aus systematischen Gründen, sondern auch zur Gewährleistung der notwendigen Rechtssicherheit, sollte unbedingt das **Zusammenspiel** der allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen und der besonderen Einwilligungsvoraussetzungen für eine werbliche Datenverwendung verdeutlicht werden. Insbesondere sollte bereits im Gesetzestext zum Ausdruck kommen, dass nach der bisherigen Rechtslage gem. § 4a BDSG wirksam erteilte Einwilligungen in die Datenverwendung für Werbezwecke - z.B. hinsichtlich der Weitergabe von Daten im Konzernverbund zwecks Information über Produkte anderer Konzernunternehmen - auch bei Geltung der neuen Rechtslage ihre Gültigkeit behalten und es insoweit nicht der Einholung neuer Einwilligungserklärungen nach Maßgabe des neuen § 28 Abs. 3a BDSG bedarf.

Eine solche Klarstellung ist auch deshalb geboten, weil sich § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr.1 BDSG-E lediglich auf die Werbung für eigene Angebote oder eigene Markt- oder Meinungsforschung der verantwortlichen Stelle bezieht und im Konzernverbund mehrere verantwortliche Stellen existieren. Im Übrigen ist eine solche gesetzliche Regelung auch angesichts der Informationspflicht bei der Datenerhebung nach § 4 Abs.3 BDSG und des jeweils neu zu erteilenden Hinweises auf den Werbewiderspruch gem. § 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG sachgerecht. Die vorgeschlagene Klarstellung könnte z.B. im Rahmen einer Integration des § 28 Abs. 3a BDSG-E in die Vorschrift des § 4a BDSG oder zumindest durch eine entsprechende Ergänzung der Verweisung auf § 28 Abs. 3a BDSG-E erfolgen. Es kann sicher nicht beabsichtigt sein, den Unternehmen, die ihre Kunden transparent über die Datennutzung für Werbezwecke in ihrem Unternehmensverbund informiert und bei jeder Werbeaussendung auf die Widerspruchsmöglichkeit hingewiesen haben, Porto- und Verwaltungskosten für eine Mailingaktion zur Einholung von dem § 28 Abs. 3a BDSG-E

entsprechenden Einwilligungserklärungen aufzubürden. Die Kosten können pro Unternehmen entsprechend ihrer Kundenzahl schnell die Millionengrenze erreichen. Bei der Vielzahl der betroffenen Unternehmen wären die Gesamtkosten der Gesetzesänderung unzumutbar hoch.

Zu § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 - 3 (Verwendung von Listendaten)

Auftragsdatenverarbeitung und speziell die Nutzung von Daten im Auftrag spielt im Bereich des Direktmarketings eine wichtige Rolle. Will ein Unternehmen Fremddatenbestände für eigene Werbezwecke nutzen, so erhält es die Daten in der Regel weder auf Dauer und auch nur selten vorübergehend zur eigenen Verfügung. Die Nutzung erfolgt vielmehr, gegebenenfalls unter Einschaltung eines Maklers (Listbroker), der das Unternehmen mit den geeigneten Datenspeicherstellen (Adresseigentümer) zusammenführt und selbst oder unter Einschaltung eines Lettershops die Adresdaten gemäß eines von den Adresdateneigentümern erteilten Auftrags zur Durchführung der Werbeaktion nutzt (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, § 11 Rdnr. 12). Da die Daten in diesen Fällen nicht an Dritte übermittelt werden und insofern auch nicht von „vagabundierenden“ Daten die Rede sein kann, wäre es erwägenswert, diese Form der Fremdwerbung weiterhin zuzulassen und es bei dem Auskunftsanspruch über die Herkunft der Daten nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zu belassen.

Dass der Regierungsentwurf in § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 - anders als noch der Referentenentwurf - eine gewisse Privilegierung der Werbung an **Geschäftsadressen** vorsieht, entspricht der GDD-Stellungnahme vom 30.09.2008 (siehe dort S. 2.) und wird ausdrücklich begrüßt. Allerdings sollte das Kriterium der Erforderlichkeit angesichts des mangelnden Schutzbedarfs für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gestrichen werden.

Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass vorgesehene Änderung der Überschrift von § 28 BDSG dem Regelungsgehalt der Vorschrift nicht gerecht wird. Die Vorschrift regelt weiterhin die Verarbeitung und Nutzung.

Vereinbarkeit des Entwurfs mit der EG-Datenschutzrichtlinie

Die Gesetzesbegründung trifft hierzu folgende Aussage:

„Die Stärkung der Einwilligung und die Begrenzung der gesetzlichen Erlaubnis zur Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zu nicht ausschließlich eigenen Zwecken der Werbung, Markt- oder Meinungsforschung steht im Einklang mit den Regelungen der Richtlinie und wird insbesondere den aus Artikel 2 Buchstabe h , Artikel 7 Buchstabe a und Artikel 14 Satz 1 Buchstabe b der Richtlinie abzuleitenden Zielen gerecht.“

Hierzu sei Folgendes angemerkt:

Spezielle Regelungen im Zusammenhang mit der werblichen Nutzung personenbezogener Daten finden sich in Artikel 14 der EG-Datenschutzrichtlinie. Artikel 14 Buchstabe b gibt zwei Alternativen vor, wie das Widerspruchsrecht gegen werbliche Nutzung ausgestaltet sein kann. Die Betroffenen sollen berechtigt sein, „auf Antrag kostenfrei gegen eine vom für die Verarbeitung Verantwortlichen beabsichtigte Verarbeitung sie betreffende Daten für Zwecke der Direktwerbung Widerspruch einzulegen oder vor der ersten Weiter-

gabe personenbezogener Daten an Dritte oder vor deren erstmaliger Nutzung im Auftrag Dritter zu Zwecken der Direktwerbung informiert zu werden und ausdrücklich auf das Recht hingewiesen zu werden, kostenfrei gegen eine solche Weitergabe oder Nutzung Widerspruch einlegen zu können.“ Die zweite Alternative ist für die verantwortlichen Stellen belastender als die erste. Jedoch ist sie nicht so belastend wie die durch den Entwurf geplante Regelung. Ein zwingendes Einwilligungserfordernis im Fall der werblichen Datenverwendung sieht die EG-Datenschutzrichtlinie jedenfalls nicht vor, weswegen bereits mit guten Gründen eine **mangelnde Kompatibilität** der geplanten BDSG-Regelungen mit der europäischen Datenschutzrichtlinie konstatiert worden ist (vgl. Breinlinger, RDV 2008, 224 ff.).

Auch vor diesem Hintergrund sollte nochmals eingehend geprüft werden, ob es nach der zukünftigen Rechtslage nicht als **milderes Mittel** ausreichend ist, die Betroffenen bei der Datenerhebung umfassend über die geplante Nutzung zu informieren und bereits zu diesem Zeitpunkt auf das Recht zum jederzeitigen Widerspruch hinzuweisen. Praktisch könnte dies dadurch verwirklicht werden, dass der Betroffene bei jeder Datenerhebung in unmittelbarem Zusammenhang mit seinen Datenangaben die Möglichkeit erhält, z.B. durch ankreuzen einer kurz und bündig „informierenden“ Option „keine Nutzung/Übermittlung meiner Daten für Werbezwecke“ seine Daten von vornherein aus der werblichen Datenverwendung herauszuhalten. Diese Alternative wird offenbar mit Erfolg in anderen europäischen Staaten praktiziert und würde damit einen Beitrag zu der von der Europäischen Union geforderten Harmonisierung der Datenschutzes leisten. Sie berücksichtigt ferner die informationelle Selbstbestimmung, ohne gleich zur stärksten Maßnahme einer zwingenden ausdrücklichen Opt-In-Einwilligungserklärung zu greifen.

Bonn, den 19. Januar 2009