



Datenschutzwissen.de

Information - Seminare - Schulung - Workshops - Beratung

Kurze Einschätzung zum Regierungsentwurf des BDSG-neu mit Stand 01.02.2017

Inhalt

1 Vorbemerkung.....	2
2 Allgemeines zum Entwurf.....	4
3 Artikel 1.....	4
3.1 Teil 1.....	4
3.1.1 § 1 Anwendungsbereich.....	4
3.1.2 § 2 Begriffsbestimmungen.....	5
3.1.3 § 3 Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen.....	5
3.1.4 § 4 Videoüberwachung.....	5
3.1.5 § 17 Vertretung im Europäischen DS-Ausschuss, zentrale Anlaufstelle.....	6
3.2 Teil 2.....	6
3.2.1 § 22 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten.....	6
3.2.2 § 23 Verarbeitung zu anderen Zwecken durch öffentliche Stellen.....	6
3.2.3 § 24 Verarbeitung zu anderen Zwecken durch nicht-öffentliche Stellen.....	6
3.2.4 § 25 Datenübermittlungen durch öffentliche Stellen.....	7
3.2.5 § 26 Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext.....	7
3.2.6 § 29 Rechte der betroffenen Person und aufsichtsbehördliche Befugnisse im Fall von Geheimhaltungspflichten.....	7
3.2.7 § 30 Verbraucherkredite.....	8
3.2.8 § 31 Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften.....	8
3.2.9 Kapitel 2 Rechte der betroffenen Person (§§ 32 bis 36).....	8
3.2.10 § 37 Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling.....	9
3.2.11 § 38 Datenschutzbeauftragte nicht-öffentlicher Stellen.....	9
3.3 Teil 3 Bestimmungen für Verarbeitungen zu Zwecken gemäß Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie (EU) 2016/680.....	9
4 Artikel 2 bis 6.....	9
5 Artikel 7 - Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes.....	10
5.1 „§ 42b - Antrag der Aufsichtsbehörde auf gerichtliche Entscheidung bei angenommener Europarechtswidrigkeit eines Angemessenheitsbeschlusses der Kommission.....	10

1 Vorbemerkung

Diese Stellungnahme bezieht sich auf den am 01.02.2017 vom Bundeskabinett beschlossenen Gesetzentwurf der Bundesregierung. Diese Fassung enthält gegenüber der Fassung zur Verbändeanhörung einige Änderungen.

Am 11.11.2016 hat das Bundesministerium des Innern (BMI) erneut einen „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)“ (vgl. <https://dvd-ev.de/pm/BDSGnRE> und die Pressemitteilung der Deutschen Vereinigung für Datenschutz (DVD) e.V. hierzu: <https://dvd-ev.de/pm/20161122>) der Ressortabstimmung zugeführt. Allerdings ist auch dieser Entwurf nicht in die Verbändeanhörung gegangen, da mindestens zwei Teileinsprüche eingegangen sein sollen, einer davon aus dem BMBF. Das BMJV soll sich angeblich nicht geäußert haben. Die Einsprüche sind noch zwischen den Ressorts zu klären, erst danach kann der Referentenentwurf in die Verbändeanhörung gehen. Auch dann werden vermutlich noch Einzelthemen streitig sein, die erst im Regierungsentwurf geklärt werden sollen.

Am 23. November 2016 um 09:24 Uhr ist nun das Dokument in die Verbändeanhörung gegangen. Gegenüber der Version vom 11.11.2016 gab es im Entwurf vom 23.11.2016 im materiellen Bereich nur Änderungen im § 24 Verarbeitung im Beschäftigungskontext BDSG-RegE. Bei der Begründung des Gesetzentwurfs gab es Änderungen zu den §§ 24 Verarbeitung im Beschäftigungskontext und 25 Verarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken BDSG-E. Die Frist zur Stellungnahme war der 07. Dezember 2016. Dies wurde damit begründet, dass die Kabinetttbefassung noch für Januar 2017 vorgesehen ist, „damit das Vorhaben noch in dieser Legislaturperiode abgeschlossen werden kann.“ Eine Kabinettsbefassung war zwar für den 25. Januar 2017 vorgesehen. Allerdings wurde diese auf den 01. Februar verschoben.

Die folgenden Hinweise wurden am 23.11.2016 im Anschreiben zur **Verbändeanhörung** mitgegeben:

„Ich weise darauf hin, dass der beigelegte Referentenentwurf noch Gegenstand weiterer Beratungen im Ressortkreis ist. Absehbar ist bereits jetzt, dass es einer weiteren vertieften Diskussion inhaltlichen und europarechtlichen Diskussion im Ressortkreis insbesondere folgender Regelungen bedarf:

1. § 24 BDSG-neu: Datenverarbeitung im Beschäftigtenkontext

Es liegt ein Regelungsentwurf des BMAS mit folgenden wesentlichen Inhalten vor:

a) Einwilligung

Die Einwilligung in die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext unterliegt besonderen Anforderungen. Sie muss grundsätzlich schriftlich erteilt werden und der Arbeitgeber hat den Beschäftigten über den Zweck der Datenverarbeitung und über dessen Widerrufsrecht in Textform aufzuklären. Außerdem ist die Einwilligung nur wirksam, wenn der Beschäftigte diese freiwillig erklärt. Freiwilligkeit soll nach der vorgeschlagenen Regelung nur dann gegeben sein, wenn die Umstände des Einzelfalls, einschließlich des im Beschäftigungsverhältnis bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses, berücksichtigt werden. Das Vorliegen rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteile für den Beschäftigten oder gleichgelagerte Interessen bei Beschäftigtem und Arbeitgeber geben Hinweise auf den Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob im konkreten Anwendungsfall von Freiwilligkeit ausgegangen werden kann.

b) Kollektivvereinbarungen

Durch die Einfügung eines eigenständigen Absatzes soll klargestellt werden, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses auch auf Grundlage von Kollektivvereinbarungen (Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen) zulässig ist. Dabei ist Artikel 88 Absatz 2 DS-GVO zu beachten.

c) Weitere Regelungen

Des Weiteren soll der Beschäftigtenbegriff auch Leiharbeitnehmer im Verhältnis zum Entleiher erfassen. Diese Regelung sowie ein eigenständiger Absatz zu der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten soll in § 24 BDSG-neu integriert werden.

2. § 25 BDSG-neu: Datenverarbeitung zu wissenschaftliche und historischen Forschungszwecken
3. § 23 BDSG-neu: Verarbeitung zu anderen Zwecken
4. §§ 30 bis 35 BDSG-neu: Einschränkungen der Rechte der betroffenen Person
5. §§ 27 und 28 BDSG-neu: Datenübermittlung an Auskunfteien und Scoring.

Außerdem weise ich darauf hin, dass für den Bereich des Sozialdatenschutzes im weiteren Verfahren Änderungen des Sozialgesetzbuches (insbesondere des

Zweiten Kapitels des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch) vorgeschlagen werden, die - wie im geltenden Recht - abschließende Regelungen für diesen Bereich enthalten werden. Die hierzu erforderlichen Abstimmungen mit den Ländern und Verbänden werden gesondert erfolgen.“

Dieses Dokument stellt nur eine kurze Einschätzung des Regierungsentwurfs dar. Es kann und will eine ausführliche Stellungnahme nicht ersetzen. In diesem Dokument werden nur die Teile des DSAnpUG-EU behandelt, die für Unternehmen und deren MitarbeiterInnen und KundInnen relevant sind. Dies sind insbesondere Regelungen des BDSG-RegE (Artikel 1 des DSAnpUG-EU-Entwurf) zur Umsetzung der DSGVO. Für die endgültige Bewertung des BDSG-RegE bleibt die vom Bundestag und Bundesrat schlussendlich beschlossene Fassung abzuwarten.

2 Allgemeines zum Entwurf

Grundsätzlich ist auch beim Regierungsentwurf (im Folgenden: RegE) fraglich, ob alle dort im BDSG-RegE vorgesehenen Konkretisierungsregelungen durch entsprechende Öffnungsklauseln der DSGVO abgedeckt sind und ob die Begründungen zur Nutzung der Öffnungsklauseln im genannten Gesetzentwurf in allen Fällen ausreichend sind. Daher ist unsicher, ob alle derzeit im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen aus europarechtlicher Sicht Bestand haben können.

Die im Entwurf zur Verbändeanhörung noch innerhalb der Ressorts der Bundesregierung strittigen Punkte sollten im aktuellen Entwurf geklärt sein. Rückmeldungen aus der Länder- und Verbändeanhörung Änderungen sind in dieser Entwurfsfassung z.T. berücksichtigt.

Ungeachtet dessen, ist davon auszugehen, dass es noch Änderungen im laufenden Gesetzgebungsverfahren geben wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn aus Sicht der EU-Kommission im verabschiedeten Gesetz Regelungen enthalten sein sollten, die nicht durch die Öffnungsklauseln der DSGVO abgedeckt sind. Daher kann es auch nach der Verabschiedung des DSAnpUG-EU im Bundestag zu weiteren Änderungen kommen.

3 Artikel 1

3.1 Teil 1

3.1.1 § 1 Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich für das BDSG-RegE fehlt hier.

Im Bereich der Anwendbarkeit der DSGVO ist die Angabe des sachlichen Anwendungsbereichs entbehrlich, da in der DSGVO der sachliche Anwendungsbereich abschließend – ohne Öffnungsklauseln – geregelt ist.

Ausweislich der Einleitung zum DSAnpUG-EU soll das BDSG-RegE „auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von Tätigkeiten öffentlicher Stellen des Bundes Anwendung finden, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts liegen“. Hier wäre die Angabe eines sachlichen Anwendungsbereichs hilfreich, wenn nicht sogar erforderlich.

3.1.2 § 2 Begriffsbestimmungen

In Absatz 1 werden – wie im BDSG-alt – die Begriffe „öffentliche Stellen des Bundes“, „öffentliche Stellen der Länder“ und „nicht-öffentliche Stellen“ definiert. Eingefügt wurde im ReGE bei der Definition der öffentlichen Stellen der Absatz 5:

„Öffentliche Stellen des Bundes gelten als nicht-öffentliche Stellen im Sinne dieses Gesetzes, soweit sie als öffentlich-rechtliche Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen. Als nicht-öffentliche Stellen im Sinne dieses Gesetzes gelten auch öffentliche Stellen der Länder, soweit sie als öffentlich-rechtliche Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen, Bundesrecht ausführen und der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist.“ (§ 2 Abs. 5 BDSG-RegE)

Ein Bezug zu den in der EU-DSGVO verwendeten Begriffen „Unternehmen“, „öffentliche Stellen“ und „Behörden“ fehlt im § 2 BDSG-RegE allerdings.

Auf das Zitierten von Begriffsbestimmungen aus Art. 4 DSGVO wird im RegE nun verzichtet.

3.1.3 § 3 Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen

Die von vielen Stellen geäußerte Kritik an der Version im Referentenentwurf zur Verbändeanhörigkeit wurde berücksichtigt und die Zulässigkeit auf die erforderliche Verarbeitung „zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde“.

3.1.4 § 4 Videoüberwachung

Hier versucht die Bundesregierung eine vom Bundesgesetzgeber kurzfristig verabschiedete Vorschrift zur Videoüberwachung nach Wirksamwerden der DSGVO fortzuschreiben, mit welcher Sicherheitsbelangen der Vorrang vor dem Datenschutz eingeräumt wird und für die

der nationale Gesetzgeber überhaupt keine Regelungsbefugnis hat. Von daher sollte damit gerechnet werden, dass dieser Regelung im Gesetzgebungsverfahren noch herausfällt.

Ausweislich der Begründung zu diesem Gesetzentwurf „verbleibt für andere Fallgestaltungen Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe f“ DSGVO (Interessenabwägung). Die Unternehmen müssen daher prüfen, ob ihre Videoüberwachungen nach Wegfall von § 6b BDGS-alt noch zulässig sind. Insbesondere ist die erfolgte Interessenabwägung und deren Ergebnis zu dokumentieren (im Rahmen der Vorabkontrolle bzw. der Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO).

Vgl. auch Pressemitteilung (<https://dvd-ev.de/pm/20161107>) und Stellungnahme (<https://dvd-ev.de/pm/stvue>) von DVD und Netzwerk Datenschutzexpertise.

3.1.5 §17 Vertretung im Europäischen DS-Ausschuss, zentrale Anlaufstelle

Die Beschränkung der Zuständigkeit der Stellvertretung im Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA) auf rein „landesrechtliche“ Themen ist nicht zielführend, da die/der BfDI nur für die Kontrolle von Unternehmen, die Post- oder Telekommunikationsdienstleistungen erbringen, zuständig ist und in allen anderen die Unternehmen betreffenden Fragestellungen weder zuständig noch erfahren ist. Für eine kompetente Vertretung der für die Unternehmen zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden im EDSA wäre es daher sinnvoll, dass Themen, die in die Zuständigkeit der Landes-DS-Aufsichtbehörden fallen, von der Stellvertretung im EDSA vertreten werden.

Zudem sollten die Stellvertretung nicht vom Bundesrat sondern direkt von den DS-Aufsichtsbehörden gewählt werden.

3.2 Teil 2

3.2.1 § 22 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Nähere Prüfung erforderlich

3.2.2 § 23 Verarbeitung zu anderen Zwecken durch öffentliche Stellen

Nähere Prüfung erforderlich, für Unternehmen allerdings nicht relevant

3.2.3 § 24 Verarbeitung zu anderen Zwecken durch nicht-öffentliche Stellen

Eine Verarbeitung zu anderen Zwecken soll für nicht-öffentliche Stellen „unbeschadet anderer Rechtsgrundlagen“ (zu denen auch die DSGVO gehört) zulässig sein,

„wenn

1. sie zur Abwehr von Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit erforderlich ist oder
2. sie zu Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist ,

sofern (...) nicht die Interessen der Betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegen.“

In erster Linie dürfte hier im Bereich der Unternehmen die Ziffer 2 relevant sein, die eine Ergänzung zu den in der DSGVO enthaltenen Regelungen zur Zweckänderung darstellt.

3.2.4 § 25 Datenübermittlungen durch öffentliche Stellen

Nähere Prüfung erforderlich, für Unternehmen allerdings nicht relevant

3.2.5 § 26 Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

Hier werden die Regelungen des bisherigen § 32 BDSG-alt weitgehend übernommen. Explizit aufgenommen wurde die Regelung, dass Beschäftigtendaten auch verarbeitet werden dürfen, soweit dies „zur Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag oder einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist“.

Auch wenn konkrete Regelungen zur Datenverarbeitung auf Grund einer Einwilligung und zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten in den Absätzen 2 und 3 des RegE eingefügt wurden, darf nach wie vor bezweifelt werden, dass die Regelungen des § 26 BDSG-RegE den Anforderungen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO standhält. Von daher bleibt abzuwarten, ob im laufenden Gesetzgebungsverfahren die aktuelle Formulierung des § 24 BDSG-RegE noch geändert wird.

Warum die Begriffsbestimmung des § 26 Abs. 8 BDSG-RegE nicht in die Begriffsbestimmungen des § 2 BDSG-RegE aufgenommen wurde, ist nicht ersichtlich.

3.2.6 § 29 Rechte der betroffenen Person und aufsichtsbehördliche Befugnisse im Fall von Geheimhaltungspflichten

Die Beschränkungen der Rechte der betroffenen Personen in den Abs. 1 und 2 sind viel zu weitgehend und daher durch die Öffnungsklausel der DSGVO nicht gedeckt. Von daher ist eine Überarbeitung dieser Regelungen dringend erforderlich

Die Beschränkung der Befugnisse der DS-Aufsichtsbehörden in Abs. 3 bei Geheimhaltungspflichten der verantwortlichen Stellen ist verfassungs- und europarechtlich nicht haltbar. Vielmehr muss es gerade Aufgabe der DS-Aufsichtsbehörden sein, zu überprüfen, ob die Informations- und Auskunftsablehnung zulässig ist.

3.2.7 § 30 Verbrauchercredite

Die bisher im § 29 Abs. 6 und 7 enthaltenden Regelungen zur Umsetzung der Verbraucher-kredit-Richtlinie wurden übernommen.

3.2.8 § 31 Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften

Mit § 31 werden die bisherigen Regelungen aus § 28a Datenübermittlung an Auskunftsteilnehmer und § 28b Scoring BDSG-alt übernommen um den bisherigen „materiellen Schutzstandard“ zu erhalten. Es bleibt abzuwarten, ob die Begründung hierfür ausreichend ist, um als Datenverarbeitung im öffentlichen Interesse gemäß Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO zu gelten

3.2.9 Kapitel 2 Rechte der betroffenen Person (§§ 32 bis 36)

Treffender wäre als Überschrift „Einschränkung der Rechte der betroffenen Person“. Die in diesem Kapitel genannten Einschränkungen sind m.E. nicht durch die Ausnahmen des Art. 23 Abs. 1 DSGVO gedeckt. Zwar sind nun die in Art. 23 Abs. 2 DSGVO geforderten spezifischen Regelungen enthalten. Es darf aber bezweifelt werden, dass diese ausreichend sind. Das BMJV und die BfDI hatten bereits in ihren oben genannten Stellungnahme zum ersten Entwurf ebenso wie die Deutsche Vereinigung für Datenschutz in ihrer Stellungnahme diese Beschränkungen kritisiert. Von daher ist davon auszugehen, dass sich diese Regelungen im Gesetzgebungsverfahren noch ändern werden.

Aus Sicht der Unternehmen wären maßvolle – europarechtlich zulässige - Beschränkungen in diesem Bereich für die Umsetzung der Betroffenenrechte hilfreich. Um hier die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen, sollten im weiteren Gesetzgebungsverfahren die vorgesehen Beschränkungen auf ein Maß reduziert werden, das aller Wahrscheinlichkeit nach auch von der EU-Kommission akzeptiert werden kann. Aus Betroffenen-sicht sollte auf jegliche Beschränkungen verzichtet werden. Die Erfahrung zeigt, dass Auskunftersuchen nur dann häufiger Vorkommen, wenn ein Unternehmen Aufmerksamkeit erzeugende Geschäftsgebahren an den Tag legt.

3.2.10 § 37 Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling

Die hier aufgeführte zusätzliche Ausnahme vom Verbot automatisierter Einzelfallentscheidungen gilt nur für die Leistungserbringung nach dem Versicherungsvertragsgesetz.

3.2.11 § 38 Datenschutzbeauftragte nicht-öffentlicher Stellen

Es ist zu begrüßen, dass die bewährten Regelungen aus dem BDSG-alt in den BDSG-RegE übernommen wurden. Die Erfahrung zeigt (leider), dass bei vielen Unternehmen immer noch der Irrglaube besteht, dass sie sich nicht um den Datenschutz kümmern müssten, wenn sie nicht verpflichtet sind, eine/n Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Daher ist es gerade auch aus Sicht der Unternehmen hilfreich, dass die bisherigen Regelungen zur Bestellung der Datenschutzbeauftragten beibehalten werden, damit zumindest in den von der Bestellpflicht betroffenen Unternehmen eine Umsetzung der DSGVO durchgeführt wird und so für diese Unternehmen Bußgeldrisiken deutlich reduziert werden. Es wäre weder im Sinne der Unternehmen noch im Sinne der Betroffenen, wenn die Unternehmen erst durch drastische Bußgelder von dem Irrglauben, den Datenschutz vernachlässigen zu können, abgebracht würden, sich ohne Datenschutzbeauftragten nicht um die Umsetzung der Datenschutzerfordernungen kümmern zu müssen.

Unabhängig von einer Bestellpflicht eines/einer Datenschutzbeauftragten muss es in jedem Unternehmen unabhängig von der Größe und der Branche mindestens eine Person geben, die auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Verpflichtung achtet. Diese Aufgabe ist bei den Datenschutzbeauftragten gut aufgehoben. Daher ist es sinnvoll, hier die Unternehmen mit den in § 38 BDSG-RegE vorgesehenen Regelungen weiterhin zu „ihrem Glück zu zwingen“.

3.3 Teil 3 Bestimmungen für Verarbeitungen zu Zwecken gemäß Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie (EU) 2016/680

Auf eine Betrachtung dieses Teils des BDSG-RegE wird derzeit noch verzichtet.

4 Artikel 2 bis 6

IAuf eine Betrachtung dieses Teils des DSAnpUG-EU-RegE wird derzeit noch verzichtet.

5 Artikel 7 - Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes

5.1 „§ 42b - Antrag der Aufsichtsbehörde auf gerichtliche Entscheidung bei angenommener Europarechtswidrigkeit eines Angemessenheitsbeschlusses der Kommission

Es ist zu begrüßen, dass diese Regelung als eigenständige Änderung des BDSG-alt durchgeführt wird und ausweislich Art. 10 - Inkrafttreten/Außerkräfttreten am Tag nach der Verkündung – und nicht erst am 25. Mai 2018 – in Kraft tritt.

Ismaning, 01.02.2017

Werner Hülsmann

– Anerkannter Datenschutzsachverständiger –