

Practice Group IT & Digital Business
IT-Ticker – Sonderausgabe

Das neue Bundesdatenschutzgesetz

Eine erste Einführung in die Neuerungen durch das Datenschutz-
Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU (DSAnpUG-EU)

Inhalt

1. Einführung und Anwendungsbereich	3
2. Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume.....	4
3. Aufsichtsbehörden	4
4. Rechtsbehelfe	5
5. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten	6
6. Beschäftigtendatenschutz.....	6
7. Wissenschaft, Forschung, Archive	8
8. Einschränkung von Betroffenenrechten	9
9. Verbraucherkredite und Scoring	10
10. Datenschutzbeauftragter und Akkreditierung von Zertifizierungsstellen	11
11. Sanktionen	11

Stand 28. Mai 2017 – © SKW Schwarz

www.skwschwarz.de



Redaktion: Nikolaus Bertermann

Autoren: Nikolaus Bertermann, Dr. Oliver Bühr, Dr. Oliver Hornung, Dr. Wulf Kamlah, Franziska Ladiges, Yvonne Schäfer, Martin Schweinoch, Benjamin Spies, Dr. Volker Wodianka, LL.M., Dr. Hans Markus Wulf

Leiter des Fachbereichs IT & Digital Business: Martin Schweinoch



1. Einführung und Anwendungsbereich

Dieser Sonderticker bietet einen Überblick für das **neue Bundesdatenschutzgesetz** zur Umsetzung europäischer Vorgaben mit klarem Schwerpunkt auf dem nicht-öffentlichen Bereich – insbesondere Unternehmen.

Die **EU Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)** regelt ab dem 25.05.2018 in der gesamten Europäischen Union den Datenschutz im nicht-öffentlichen und im öffentlichen Bereich als direkt geltendes Recht. Einige Regelungen der DS-GVO können oder müssen durch Gesetze der einzelnen Mitgliedsstaaten präzisiert oder näher ausgestaltet werden. Gleichzeitig mit der DS-GVO hat die EU am 27.04.2016 eine **Richtlinie zum Datenschutz bei Vorbeugung und Verfolgung von Straftaten** verabschiedet, deren Inhalte ebenfalls bis zum 25.05.2018 durch die Mitgliedsstaaten in nationales Recht umzusetzen sind.

Das **Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU (DSAnpUG-EU)** soll einerseits die Regelungsspielräume der DS-GVO gestalten und andererseits die EU-Richtlinie zum Datenschutz bei der Vorbeugung und Verfolgung von Straftaten im deutschen Recht umsetzen. Das DSAnpUG-EU enthält ein vollständig neues Bundesdatenschutzgesetz („BDSG-neu“) und Änderungen in weiteren Gesetzen (Bundesverfassungsschutzgesetz, MAD-Gesetz, Sicherheitsüberprüfungsgesetz). Das DSAnpUG-EU wurde vom Bundestag am 27.04.2017 und vom Bundesrat am 12.05.2017 beschlossen. Zusätzlich sind bereichsspezifische Datenschutzregelungen in vielen deutschen Gesetzen an die DS-GVO anzupassen, was erst zukünftig in einem weiteren Gesetz („Omni-busgesetz“) erfolgen soll.

Das **neue Bundesdatenschutzgesetz** gilt zeitgleich mit der DS-GVO ab dem 25.05.2018 und regelt – wie das aktuelle BDSG („BDSG-2003“) – den Datenschutz im öffentlichen Bereich und im nicht-öffentlichen Bereich (Unternehmen etc.) durch 85 Paragraphen. Das neue BDSG besteht aus vier Teilen: Gemeinsame Bestimmungen, Durchführungsbestimmungen für die DS-GVO, Umsetzung der Richtlinie zum Datenschutz bei Vorbeugung und Verfolgung von Straftaten sowie besonderen Bestimmung für Verarbeitungen, die den europäischen Vorgaben nicht unterliegen. Dieser **SKW Schwarz Sonderticker** beschränkt sich auf die Gemeinsamen Bestimmungen und die Regelungen zur Durchführung der DS-GVO des BDSG-neu.

Das BDSG-neu gilt im öffentlichen Bereich, außer soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Bundesländer zu regeln ist. Zum öffentlichen Bereich zählen unabhängig von der Rechtsform alle Stellen des Bundes oder der Bundesländer sowie private Vereinigungen, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen, ausgenommen Wettbewerbsunternehmen der öffentlichen Hand.

Alle anderen Stellen zählen zum nicht-öffentlichen Bereich. Dort gilt das BDSG-neu, wenn der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter seinen Sitz oder eine Niederlassung in Deutschland hat oder wenn eine Datenverarbeitung außerhalb der EU (mit EWR und Schweiz) unter die DS-GVO fällt.

2. Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume

Die Regelungen zur Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen haben sich gegenüber dem BDSG-2003 nicht grundsätzlich geändert. Lediglich in Teilen wurden Präzisierungen aufgenommen oder notwendige Anpassungen an die DS-GVO vorgenommen.

Für Privatpersonen und Unternehmen bleibt es bei den beiden Zulässigkeitsalternativen „**Wahrung des Hausrechts**“ und „**Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke**“. Neu ist, dass ausdrücklich klargestellt wird, dass bei großflächigen Anlagen der Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen, die sich dort aufhalten, als besonders wichtiges Interesse gilt. Zu derartigen Anlagen zählen, Sport-, Versammlungs- und Vergnügungsstätten, Einkaufszentren oder Parkplätze. Das gleiche gilt für Fahrzeuge und großflächige Einrichtungen des öffentlichen Schienen-, Schiffs- und Busverkehrs.

Bei dem schon bisher erforderlichen Hinweis auf die Videoüberwachung mit Namen und Kontaktdaten des Verantwortlichen wird jetzt noch klargestellt, dass dieser Hinweis zum frühestmöglichen Zeitpunkt erkennbar sein muss. Also am besten, **bevor man den Erfassungsbereich der Videoüberwachung betritt**.

Die Videoüberwachung ist in das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DS-GVO aufzunehmen. Dieses Verzeichnis ersetzt das frühere Verfahrensverzeichnis. Die neu durch Art. 35 der DS-GVO eingeführte Datenschutz-Folgenabschätzung ist auch für die systematische umfangreiche Überwachung öffentlich zugänglicher Bereiche erforderlich. Darin sind vorab die Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten abzuschätzen.

Aufgrund der geringfügigen Anpassungen der Regelungen zur Videoüberwachung kann die **Orientierungshilfe „Videoüberwachung durch nicht-öffentliche Stellen“** des Düsseldorfer Kreises zu erheblichen Teilen **weiter verwendet werden**, bis es auch hier eine Neuauflage gibt. Unternehmen sollten die vorhandene datenschutzrechtliche Dokumentation Ihrer Videoüberwachungsanlagen prüfen und diese an die neuen Anforderungen der DS-GVO und des BDSG-neu anpassen.

3. Aufsichtsbehörden

Bestimmungen zur geregelten **Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden** beschränken sich nicht nur auf die sehr wichtige Frage der Bestimmung der zuständigen ("federführenden") Behörde (Art. 60 DS-GVO) und dem Austausch zweckdienlicher Informationen, sondern auch der konkreten Amtshilfe (Art. 61 DS-GVO). § 83 BDSG-neu füllt mit den Regelungen zur gegenseitigen Amtshilfe den Handlungsauftrag von Art. 61 Abs. 1 DS-GVO aus, wonach "Vorkehrungen für eine wirksame Zusammenarbeit zu treffen sind".

Kern der Anpassungs- und Umsetzungsvorschrift ist die **Absicherung der einheitlichen Umsetzung und Anwendung** der Richtlinie (EU) 2016/680. Eine Zusammenarbeit der "Kontrollstellen" war schon in Art. 28 Abs. 6 der Richtlinie (EU) 1995/46 geregelt, ließ jedoch eine inhaltliche Ausgestaltung vermissen ("Jede Kontrollstelle kann von einer Kon-

trollstelle eines anderen Mitgliedstaats um die Ausübung ihrer Befugnisse ersucht werden."). Jetzt wird Amtshilfe detailliert anhand von im Wesentlichen fünf Faktoren geregelt:

(1) Gegenstand der Amtshilfe sind aus Sicht des Gesetzgebers insbesondere Auskunftersuchen und aufsichtsbezogene Maßnahmen, beispielsweise Ersuchen um Konsultation oder um Vornahme von Nachprüfungen und Untersuchungen (§ 82 Abs. 1 BDSG-neu).

(2) Einem Amtshilfeersuchen ist unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) und spätestens innerhalb eines Monats nach deren Eingang nachzukommen (§ 82 Abs. 2 BDSG-neu). Der Fristbeginn wird bei Erhalt aller erforderlichen Informationen einschließlich des Zwecks der Begründung gesehen (§ 82 Abs. 7 BDSG-neu). Ist eine frühere Bearbeitung ohne Ausnutzung der Monatsfrist möglich, hat sie vorher zu erfolgen. Abgeschlossen muss die Bearbeitung dann gleichwohl noch nicht sein.

(3) Die Gründe für eine Ablehnung der Amtshilfe sind in § 82 Abs. 3 BDSG-neu enumerativ geregelt und werden nur bei Unzuständigkeit oder Rechtsverstoß relevant. Sie sind der ersuchenden Behörde zu erläutern.

(4) Die Übermittlung soll elektronisch und in einem standardisierten Format erfolgen (§ 82 Abs. 5 BDSG-neu). Die Kommission hat in Art. 61 Abs. 9 DS-GVO die Regelungskompetenz für die Ausgestaltung des elektronischen Informationsaustauschs erhalten.

(5) Sofern Behörden keine Erstattung entstandener Kosten vereinbart haben, sind Amtshilfeersuchen kostenfrei zu erledigen (§ 82 Abs. 6 BDSG-neu).

In der Praxis werden überwiegend als federführend tätige EU-Aufsichtsbehörden zu dem Mittel der "Gegenseitigen Amtshilfe" greifen. Den außereuropäischen Aufsichtsbehörden steht hingegen Art. 50 DS-GVO zur Verfügung.

4. Rechtsbehelfe

Die DS-GVO sieht in den Art. 77 bis 81 Regelungen zu Rechtsbehelfen für Betroffene vor (Beschwerde an die Aufsichtsbehörde, Klage gegen die Aufsichtsbehörde sowie Klage gegen den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter). Klagen können nicht nur die betroffenen Personen, sondern auch Organisationen oder Vereinigungen, die ohne Gewinnerzielungsabsicht den Schutz der betroffenen Personen zum Ziel haben wie z.B. Verbraucherschutzverbände (Art. 80 DS-GVO).

§ 20 BDSG-neu regelt, dass **Klageverfahren gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörden ohne vorheriges Widerspruchsverfahren** vor den Verwaltungsgerichten geführt werden. Richtet sich die Klage allein gegen einen Bußgeldbescheid der Aufsichtsbehörde, so ist das Amtsgericht zuständig (§ 68 OWiG), bei Bußgeldern von mehr als EUR 100.000,00 das Landgericht (§ 41 Abs. 1 Satz 3 BDSG-neu).

Mit § 21 BDSG-neu wird deutschen Aufsichtsbehörden erstmals ein **Klagerecht gegen datenschutzrechtlich relevante Beschlüsse der EU-Kommission** eingeräumt. Deut-

sche Aufsichtsbehörden können nach dieser Norm Angemessenheitsbeschlüsse sowie Beschlüsse zu Standardschutzklauseln oder genehmigten Verhaltensregeln gerichtlich überprüfen lassen. Ein entsprechendes Recht hatten die deutschen Behörden schon länger gefordert, der EuGH hat es in seiner Entscheidung zur Ungültigkeit des Angemessenheitsbeschlusses hinsichtlich des Safe-Harbor-Abkommens (Urt. v. 06.10.2015, Az. C-362/14) aus Art. 28 Abs. 3 DS-RL und der Europäischen Grundrechtscharta hergeleitet. Zuständig für Klagen der Aufsichtsbehörde ist das Bundesverwaltungsgericht. Hält es den Beschluss der EU-Kommission ebenfalls für rechtswidrig, so muss es den Fall dem EuGH zur eigenen Entscheidung vorlegen.

5. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ist in den §§ 22, 24 Abs. 2 BDSG-neu geregelt. Diese Normen knüpfen an den unionsrechtlichen Begriff der besonderen personenbezogenen Daten an.

In § 22 Abs. 1 BDSG-neu werden über die DS-GVO hinaus weitere Zulässigkeitstatbestände zur Verarbeitung besonderer personenbezogenen Daten genannt. So ist beispielsweise eine solche Datenverarbeitung explizit gestattet, soweit dies erforderlich ist, um die aus dem **Recht der sozialen Sicherheit** und des **Sozialschutzes** erwachsenden Rechte auszuüben und den diesbezüglichen Pflichten nachzukommen. Generell sind nach § 22 Abs. 2 BDSG-neu angemessene und spezifische Maßnahmen (insbesondere unter Berücksichtigung des Stands der Technik) zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen.

Die Verarbeitung von besonderen personenbezogenen Daten zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem sie ursprünglich erhoben wurden, ist nach § 24 Abs. 2 BDSG-neu zulässig, wenn die Datenverarbeitung zur Abwehr von Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten oder zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von zivilrechtlichen Ansprüchen erforderlich ist, soweit nicht die Interessen der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegen. Zudem muss ein Ausnahmetatbestand der Art. 9 Abs. 2 DS-GVO oder § 22 BDSG-neu vorliegen.

6. Beschäftigtendatenschutz

Art. 88 Abs. 1 DS-GVO gibt den Mitgliedsstaaten der EU auf, im nationalen Recht Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz zu treffen und legt in Art. 88 Abs. 2 DS-GVO fest, dass die nationalen Regelungen u.a. angemessene Maßnahmen zum Schutz der Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der Beschäftigten enthalten müssen. Die Bundesregierung hat den Beschäftigtendatenschutz in § 26 BDSG-neu geregelt. Dabei hat sie sich **erkennbar an den bisherigen Regelungen des § 32 BDSG-2003 orientiert** und zusätzlich Regelungen aufgenommen, die nach Verständnis der Bundesregierung den aktuellen Stand der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung widerspiegeln sollen. Eine umfassende Neuregelung des Beschäftigtenden-

schutzes, wie in der Vergangenheit diskutiert, ist nicht erfolgt – wohl auch mit Blick auf die knappe Zeit und die anstehende Bundestagswahl.

Der Anwendungsbereich des § 26 BDSG-neu ist weit gefasst und umfasst neben klassischen **Arbeitnehmern** ausdrücklich auch **Leiharbeiter**, **Heimarbeiter**, **Auszubildende** sowie Beamte, Richter und Soldaten. Ausdrücklich mit in den Anwendungsbereich aufgenommen sind Bewerber. Wie bisher greifen die Vorgaben auch für nicht-automatisierte Formen der Verarbeitung, wie z.B. die in **Papierform geführte Personalakte**. Mitbestimmungsrechte werden durch § 26 BDSG-neu nicht eingeschränkt.

Wie bereits nach § 32 BDSG-2003 ist die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigtenkontext erlaubt, sofern die Verarbeitung „erforderlich“ für die Begründung, **Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses** ist. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass „Erforderlichkeit“ nicht im Sinne einer zwingenden Notwendigkeit zu verstehen ist, sondern sich aus einer Interessenabwägung zwischen den berechtigten Interessen des Arbeitgebers und den Grundrechten des Beschäftigten ergibt. Dies entspricht dem bisherigen Verständnis zu § 32 BDSG-2003. Auch die bisherige Regelung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten zur Aufdeckung von Straftaten wurde beibehalten. Es bedarf weiterhin dokumentierter konkreter Anhaltspunkte für eine Straftat und die Maßnahmen zur Aufdeckung der Tat dürfen nicht unverhältnismäßig sein. Ausdrücklich geregelt ist außerdem, dass sich die Zulässigkeit der Verarbeitung auch aus Kollektivvereinbarungen und Tarifverträgen ergeben kann.

Neu ist die ausdrückliche Regelung zur **Einwilligung im Beschäftigtenverhältnis**. Insbesondere die Aufsichtsbehörden haben Einwilligungen im Beschäftigungsverhältnis in der Vergangenheit kritisch gesehen. Der Arbeitgeber muss sicherstellen, dass die Einwilligung trotz des Abhängigkeitsverhältnisses **freiwillig** abgegeben wird. Dies kann nach § 26 Abs. 2 BDSG-neu insbesondere dann der Fall sein, wenn dem Arbeitnehmer durch die Einwilligung ein Vorteil entsteht oder die Interessen der Parteien gleichgelagert sind. Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele für Vorteile des Beschäftigten die private Nutzung von IT-Systemen und ein betriebliches Gesundheitsmanagement zur Gesundheitsförderung. Als Beispiel für gleichgerichtete Interessen werden Geburtstagslisten und Fotos für das Intranet angeführt. Die Einwilligung muss in der Regel schriftlich eingeholt werden, wobei aufgrund der Umstände auch andere Formen möglich sind. Allerdings müssen die Zwecke der Verarbeitung klar benannt sein und der Beschäftigte muss über sein Widerrufsrecht informiert werden.

Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, wie z.B. Gesundheitsdaten, Angaben zur rassistischen oder ethnischen Herkunft oder zur Gewerkschaftszugehörigkeit dürfen verarbeitet werden, wenn dies zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

Arbeitgeber sollten vor dem 25.05.2018 insbesondere **Einwilligungserklärungen** von Beschäftigten und bestehende **Betriebsvereinbarungen** auf Konformität mit § 26 BDSG-neu und Art. 88 Abs. 2 DS-GVO prüfen.

7. Wissenschaft, Forschung, Archive

Wissenschaft und Forschung spielen eine immer wichtigere Rolle. Große Bedeutung haben in diesem Zusammenhang (archivierte) Informationsbestände und Statistiken, die erheblichen Nutzen für die Wissenschaft, z.B. in der Medizin, bringen können. Informationsbestände und Statistiken basieren jedoch auf zahlreichen personenbezogenen Daten, für die der Datenschutz gilt. Um Wissenschaft und Forschung in nicht allzu großem Maße durch datenschutzrechtliche Vorgaben zu hindern, hat die DS-GVO in Art. 89 und den Erwägungsgründen 156 bis 163 Ausnahmenvorschriften vorgesehen. Der deutsche Gesetzgeber regelt entsprechende Ausnahmen in den §§ 27, 28 BDSG-neu für die Datenverarbeitung zu:

- wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken (§ 27 BDSG-neu)
- statistischen Zwecken (§ 27 BDSG-neu)
- im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken (§ 28 BDSG-neu)

§§ 27, 28 BDSG-neu bestimmen, dass personenbezogenen Daten besonderer Art im Sinne des Art. 9 Abs.1 DS-GVO (z.B. rassische Herkunft, politische Meinungen, religiöse Überzeugungen, genetische oder biometrische Daten, Gesundheitsdaten) ausnahmsweise verarbeitet werden dürfen, wenn

- dies für die jeweiligen Zwecke nach §§ 27, 28 BDSG-neu erforderlich ist und
- wenn für der Daten angemessene Schutzmaßnahmen § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG-neu) vorgesehen sind, wie z.B. technische und organisatorische Maßnahmen, Pseudonymisierung, Verschlüsselung.

Zu Forschungs- und Statistikzwecken müssen vor der Verarbeitung von Daten besonderer Art die **entgegenstehenden Interessen abgewogen** werden. Die Interessen des Forschenden müssen denen der betroffenen Person überwiegen (§ 27 Abs. 1 BDSG-neu). Anderenfalls ist die Verarbeitung unzulässig.

Sobald es nach dem Forschungs- oder Statistikzweck möglich ist, sind personenbezogene Daten besonderer Art **grundsätzlich zu anonymisieren** (§ 27 Abs. 3 BDSG-neu). Bis dahin ist zum Schutz der betroffenen Person eine Pseudonymisierung erforderlich. Die Merkmale, die Personen identifizierbar machen, sind gesondert zu speichern. Sie dürfen mit den Einzelangaben nur zusammengeführt werden, soweit der Forschungs- oder Statistikzweck dies erfordert.

Durch §§ 27, 28 BDSG-neu erfolgt eine **Einschränkung von Betroffenenrechten** auf Auskunft (Art. 15 DS-GVO), Berichtigung (Art. 16 DS-GVO), Einschränkung der Verarbeitung (Art. 18 DS-GVO) und Widerspruch (Art. 21 DS-GVO). § 28 BDSG-neu schränkt zusätzlich das Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DS-GVO) ein. Betroffenenrechte können eingeschränkt werden, wenn nur so die jeweiligen Zwecke erreicht werden können, d.h. wenn

- die Ausübung der Betroffenenrechte die Verwirklichung der jeweiligen Zwecke unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen würde und
- die Einschränkung für die Erfüllung der Zwecke notwendig ist.

Der betroffenen Person wird außerdem nach den §§ 27, 28 BDSG-neu das Auskunftsrecht genommen, wenn die Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Um die Auskunft wegen unverhältnismäßigen Aufwandes im Falle der wissenschaftlichen Forschung zu verweigern, muss die Einschränkung des Auskunftsrechts zur Zweckerreichung erforderlich sein.

§ 28 Abs. 3 BDSG-neu enthält hinsichtlich der Einschränkung des Rechts auf Berichtigung (Art.16 DS-GVO) bei Archiven eine Ausnahme: Um die betroffene Person nicht schutzlos zu stellen, hat sie die Möglichkeit der Gegendarstellung. Hier kann sie erklären, dass aus ihrer Sicht die Daten falsch sind. Das zuständige Archiv ist verpflichtet, die Gegendarstellung den Unterlagen hinzuzufügen.

Nach § 27 Abs. 4 BDSG-neu dürfen personenbezogene Daten zu Forschungs- und Statistikzwecken nur veröffentlicht werden, wenn die betroffene Person eingewilligt hat oder dies für die Darstellung von Forschungsergebnissen über Ereignisse der Zeitgeschichte unerlässlich ist.

8. Einschränkung von Betroffenenrechten

§ 29 BDSG-neu beschränkt die Informationspflichten des Verantwortlichen im Falle von **Geheimhaltungspflichten**, insbesondere wenn durch die Pflichterfüllung Informationen offenbart würden, für die ein Geheimbedarft besteht. Auch sind Berufsgeheimnisträger wie z.B. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Ärzte nicht zur Erfüllung von Informationspflichten gegenüber betroffenen Personen verpflichtet, sofern nicht deren Interesse an der Informationserteilung überwiegt.

§ 32 BDSG-neu schränkt die Informationspflicht u.a. bei einer Zweckänderung für die weitere Verarbeitung ein, wenn die **Daten analog gespeichert** sind, die Weiterverarbeitung mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar ist und die Kommunikation mit der betroffenen Person nicht digital erfolgt. § 33 BDSG-neu schränkt für nicht-öffentliche Stellen die Informationspflichten ein, wenn die Information die **Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung zivilrechtlicher Ansprüche** beeinträchtigen würden oder eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung droht. Sofern die Information unterbleibt, muss der Verantwortliche geeignete Maßnahmen zum Schutz der berechtigten Interessen der betroffenen Person ergreifen. In diesen Fällen ist nach § 34 BDSG-neu auch das **Auskunftsrecht der betroffenen Person beschränkt**. Allerdings müssen die Gründe für die Verweigerung der Auskunft dokumentiert werden.

Die für öffentliche und nicht öffentliche Stelle gleichermaßen geltende Vorschrift des § 35 BDSG-neu beinhaltet **Ausnahmen vom Lösungsrecht**, nämlich dann, wenn diese nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist. Dann ist die Datenverarbeitung einzuschränken (bisher „Sperrung“). Dies gilt nicht, wenn Daten zu Unrecht verarbeitet wurden. Das **Widerspruchsrecht** wird in § 36 BDSG-neu einge-

schränkt, wenn und soweit an der Verarbeitung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, welches die Interessen der betroffenen Person überwiegt oder bei einer Verpflichtung zur Verarbeitung durch eine Rechtsvorschrift. § 37 BDSG-neu trägt den **spezifischen Belangen der Versicherungswirtschaft** Rechnung. Das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung (einschließlich Profiling) beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die der betroffenen Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet besteht nicht, wenn die Entscheidung im Rahmen der Leistungserbringung nach einem Versicherungsvertrag ergeht. Voraussetzung ist allerdings, dass dem Begehren der betroffenen Person stattgegeben wurde oder die Entscheidung auf der Anwendung verbindlicher Entgeltregelungen für Heilbehandlungen beruht. Bei nicht stattgebender Entscheidung muss der Verantwortliche weitere Maßnahmen zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Person treffen.

9. Verbrauchercredite und Scoring

Ausweislich der Gesetzesbegründung des BDSG-neu bilden die Ermittlung der Kreditwürdigkeit und die Erteilung von **Bonitätsauskünften** das Fundament des deutschen Kreditwesens und damit auch der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft. Die in § 31 BDSG-neu enthaltenen Regelungen zu Auskunfteien und Scoring dienen dem Schutz des Wirtschaftsverkehrs und besitzen für betroffene Personen wie auch für die Wirtschaft eine überragende Bedeutung. Betroffene Personen vor Überschuldung zu schützen, liegt sowohl im Interesse der betroffenen Personen selbst als auch der Wirtschaft.

Die Regelung des § 31 BDSG-neu schreibt die bislang geltenden Regelungen fort und konkretisiert, welche Voraussetzungen ein von einer Auskunftei ermittelter Score-Wert im Hinblick auf sog. **Negativ-Merkmale** erfüllen muss, damit er im Wirtschaftsverkehr verwendet werden darf. Die Kriterien des § 31 Abs. 2 Satz 1 BDSG-neu begrenzen die Zulässigkeit der Ermittlung von Score-Werten in bestimmten Fällen und schaffen so einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen, beispielsweise dadurch, dass an Auskunfteien **offene Forderungen** nur dann gemeldet werden dürfen und dort verarbeitet werden können, wenn sie **unbestritten oder tituliert** sind. § 31 Abs. 2 Satz 2 BDSG-neu lässt die Vorschriften des allgemeinen Datenschutzrechts über die Zulässigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten unberührt. Dies betrifft etwa unter anderem auch die Übermittlung und Verwendung für die Ermittlung von Wahrscheinlichkeitswerten von personenbezogenen Daten über die Begründung, ordnungsgemäße Durchführung und Beendigung eines Vertragsverhältnisses eines Geschäfts mit finanziellem Ausfallrisiko (Positivdaten). Insoweit wird für alle Beteiligten Sicherheit in der Weise geschaffen, dass Scoringverfahren und Kreditinformationssysteme mit der Einmeldung von Positiv- und Negativdaten, die z.B. durch Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsunternehmen, Zahlungsinstitute, Telekommunikations-, Handels-, Energieversorgungs- und Versicherungsunternehmen oder Leasinggesellschaften erfolgen, prinzipiell weiter zulässig bleiben. Sie werden nach wie vor als wichtige Voraussetzungen für das Wirtschaftsleben angesehen. Insoweit konkretisiert § 31 BDSG-neu die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO, nach der Übermittlungen solcher Daten an und deren Verwendung von Auskunfteien zur Bildung von Scorewerten zulässig sind.

10. Datenschutzbeauftragter und Akkreditierung von Zertifizierungsstellen

Die DS-GVO verpflichtet nicht-öffentliche Stellen zur **Bestellung eines Datenschutzbeauftragten**, wenn als Kerntätigkeit eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen durch den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter erfolgt oder als Kerntätigkeit eine umfangreiche Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten gemäß Artikel 9 oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäß Artikel 10 erfolgt. Mit § 38 BDSG-neu nutzt der deutsche Gesetzgeber die Öffnungsklausel des Art. 37 Abs. 4 DS-GVO. Ein Datenschutzbeauftragter ist demnach – wie schon nach dem BDSG-2003 – verpflichtend zu

bestellen, soweit sie in der Regel **mindestens zehn Personen** ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen. Eine ebensolche Verpflichtung gilt für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter mit Verarbeitungen, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO unterliegen, oder personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung, verarbeitet werden. Auf eine bestimmte Personenanzahl kommt es dann nicht an.

Zur **Stellung des Datenschutzbeauftragten** in nicht-öffentlichen Stellen verweist § 38 Abs. 2 BDSG-neu teilweise auf die Regelungen zum Datenschutzbeauftragten in öffentlichen Stellen, insbesondere auf die besonderen Voraussetzungen für die Abberufung und Kündigung, die besondere Verschwiegenheit und sein Zeugnisverweigerungsrecht. Diese Merkmale der Rolle des Datenschutzbeauftragten sind bereits im Wesentlichen aus §§ 4g, f BDSG-2003 bekannt.

Zertifizierungsstellen nach Art. 43 DS-GVO fördern den Datenschutz und bieten Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern einen greifbaren Mehrwert für die Erfüllung der Rechenschaftspflicht über die Einhaltung der DS-GVO. Sie werden in Deutschland nach § 39 BDSG-neu von der für die datenschutzrechtliche Aufsicht über die Zertifizierungsstelle zuständige Aufsichtsbehörde des Bundes oder der Länder auf der Grundlage einer Akkreditierung durch die Deutsche Akkreditierungsstelle <http://www.dakks.de/> zugelassen.

11. Sanktionen

Die DS-GVO enthält in den Art. 83 und 84 Regelungen zu Sanktionen bei Datenschutzverstößen. Zum einen wird dort **praktisch jeder Verstoß gegen Datenschutzvorschriften sanktioniert** und zum anderen wurde **die Höhe möglicher Geldbußen drastisch erhöht**. Parallel zu den unmittelbar geltenden europarechtlichen Datenschutznormen finden auch nationale Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten Anwendung, soweit die DS-GVO in sachlicher Hinsicht nicht eingreift, Öffnungsklauseln enthält oder dies ausdrücklich anordnet. Nach Art. 84 DS-GVO legen die Mitgliedstaaten die Vorschriften über andere Sanktionen für Verstöße gegen die Verordnung fest und treffen alle zu deren Anwendung erforderlichen Maßnahmen (vgl. auch EG 152 DS-GVO).

SKW Schwarz Sonderticker
Das neue Bundesdatenschutzgesetz

Solche Vorschriften sind nunmehr in den §§ 41-43 BDSG-neu enthalten. Diese Normen knüpfen an die Bußgeldtatbestände der DS-GVO an und verhängen weitere Sanktionen je nach Schwere der Zuwiderhandlung. § 41 BDSG-neu regelt die Anwendung der **Vorschriften über das Bußgeld- und Strafverfahren** bei Verstößen gegen die DS-GVO; § 42 und § 43 BDSG-neu enthalten Straf- und Bußgeldvorschriften.

Nach § 41 BDSG-neu sind die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) – mit Ausnahme der §§ 17, 35 und 36 – für Verstöße oder für Verfahren bei Verstößen nach Art. 83 Abs. 4 bis 8 DS-GVO sinngemäß anwendbar. Da § 17 OWiG keine Anwendung findet, dienen die Bußgelder allein Ahndungszwecken. Eine Abschöpfung rechtswidrig erlangter Gewinne soll nicht stattfinden. Während sich die Höhe der Bußgelder nach den Vorschriften der DS-GVO richtet, orientiert sich das Verfahren der Verhängung dieser Bußgelder am OWiG.

Nach EG 152 DS-GVO sind die Mitgliedstaaten gehalten, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Art bei Datenschutzverstößen anzuwenden. Solche **strafrechtliche Sanktionen** enthält § 42 BDSG-neu. Die zwei Straftatbestände sind – im Unterschied zu den Bußgeldvorschriften der DS-GVO – als „Jedermann-Regelungen“ ausgestaltet. Verstöße bei der Verarbeitung von nicht allgemein zugänglichen Daten können demnach mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft werden. Eine Meldung nach Art 33 DS-GVO und eine Benachrichtigung nach Art. 34 DS-GVO dürfen jedoch in einem Strafverfahren gegen die meldepflichtige Person oder ihre Angehörigen nur mit Zustimmung dieser verwendet werden.

Die Bußgeldvorschriften des § 43 Abs. 1 und 2 BDSG-neu greifen nur bei Verletzung der Pflichten aus § 30 BDSG-neu in Zusammenhang mit Verbraucherkrediten ein. Bei derartigen Verstößen ist die Geldbuße auf maximal 50.000 Euro beschränkt. § 43 Abs. 3 BDSG-neu stellt klar, dass gegen Behörden und andere öffentliche Stellen keine Geldbußen verhängt werden.

Der deutsche Gesetzgeber will für die Zukunft auch im Datenschutzrecht Bußgelder, wie sie bisher aus dem Kartellrecht bekannt sind. Durch diese Erhöhung des Bußgeldrahmens sind **deutlich höhere Einzelbußgelder** als bisher zu erwarten. Das haben einzelne deutsche Datenschutzaufsichtsbehörden bereits angekündigt.

www.skwschwarz.de

SKW Schwarz Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater mbB
Eingetragen beim Amtsgericht München PR 884, Sitz der Partnerschaft ist München.
Vertretungsberechtigte Geschäftsführer: Markus von Fuchs LL.M., Stefan Schicker, LL.M.

10719 Berlin
Kurfürstendamm 21

40212 Düsseldorf
Steinstr. 1

60598 Frankfurt/Main
Mörfelder Landstr. 117

20095 Hamburg
Ferdinandstr. 3

80333 München
Wittelsbacherplatz 1

T +49 30 889 26 50 0
F +49 30 889 26 50 10

T +49 211 82 89 59 0
F +49 211 82 89 59 60

T +49 69 63 00 01 0
F +49 69 63 55 22

T +49 40 334 01 0
F +49 40 334 01 530

T +49 89 286 40 0
F +49 89 280 94 32