

# STELLUNGNAHME

## DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V.

zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680

DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V. vertritt als Spitzenverband der deutschen Wirtschaft in Berlin und Brüssel die Interessen von ca. 230.000 mittelständischen Unternehmen, die in rund 320 Verbundgruppen organisiert sind. Die kooperierenden Mittelständler erwirtschaften mit 2,5 Mio. Vollzeitbeschäftigten einen Umsatz von mehr als 460 Mrd. Euro (rund 18% des Bruttoinlandsproduktes) und bieten 440.000 Ausbildungsplätze. Einzelne Verbundgruppen treten unter einer gemeinsamen Marke auf, z.B. EDEKA, REWE, INTERSPORT, EP: ElectronicPartner, expert, hagebau und BÄKO. Alle fördern ihre Mitglieder durch eine Vielzahl von Angeboten, wie etwa Einkaufsverhandlungen, Logistik, IT, Finanzdienstleistungen, Beratung, Marketing, Ladeneinrichtung und Trendforschung.

### I. Einleitung

DER MITTELSTANDSVERBUND unterstützt grundsätzlich die Pläne der Bundesregierung, die Vorschriften der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (im Folgenden „DSGVO“) zu konkretisieren und zu ergänzen. Er spricht sich insoweit auch ausdrücklich für die Beibehaltung eines angemessen hohen Datenschutzniveaus im europäischen Binnenmarkt aus.

Die Anforderungen an den Datenschutz stellen aber gerade mittelständische Unternehmen sehr häufig vor große Herausforderungen. Deshalb muss der deutsche Gesetzgeber mit besonderer Sorgfalt darauf achten, den Datenschutz zwar so effektiv und passgenau wie möglich, allerdings nicht umfangreicher und bürokratischer zu gestalten, als notwendig. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Datenschutz nicht nur globale IT-Unternehmen betrifft. Die „Umsetzung“ der DSGVO samt sämtlichen zu beachtenden Vorschriften gilt ebenso uneingeschränkt für die gesamte Offline-Welt, die nahezu ausschließlich durch kleinere und mittlere Unternehmen des Handels, des Handwerks sowie der Dienstleistungsbranche geprägt ist. Für diese mittelständische Klientel als Rechtsanwender ist das Ineinandergreifen von DSGVO, Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie Landesdatenschutzgesetzen und weiteren Kodizes ohnehin äußerst komplex und schwierig. Die möglichst einfache und praktikable Lesbarkeit und Anwendbarkeit des neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG-neu) muss daher aus Sicht des MITTELSTANDSVERBUNDES oberste Priorität haben.

Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelungen sind in weiten Teilen komplex, wenig übersichtlich und selbst für Rechtsexperten schwierig zu lesen und zu verstehen. Der Referentenentwurf übernimmt an zahlreichen Stellen ohne rechtliche Notwendigkeit wortgleich Formulierungen und ganze Absätze der DSGVO. Auch wenn sich der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf Erwägungsgrund 8 der DSGVO stützt, in dem folgendes festgelegt ist:

*„Wenn in dieser Verordnung Präzisierungen oder Einschränkungen ihrer Vorschriften durch das Recht der Mitgliedsstaaten vorgesehen sind, können die Mitgliedsstaaten Teile dieser Verordnung in ihr nationales Recht aufnehmen, soweit dies erforderlich ist, um die Kohärenz zu wahren und die nationalen Rechtsvorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher zu machen.“*

muss nach Auffassung des MITTELSTANDSVEBRUNDES stark bezweifelt werden, dass die aktuelle Fassung des Gesetzes tatsächlich dem Kohärenzgrundsatz gerecht wird. Wortgleiche und damit redundante Formulierungen und Gesetzespassagen erschweren grundsätzlich die (bedauerlicherweise notwendige) parallele Lesbarkeit von DSGVO und BDSG-neu. Der Gesetzgeber sollte den Referentenentwurf daher nochmals auf die Notwendigkeit jeder einzelnen wortgleichen Wiederholung und deren Nutzen für die Verständlichkeit der einzelnen Norm überprüfen.

Vor diesem Hintergrund sollte im Übrigen auch erwogen werden, die Konkretisierung der DSGVO sowie die Umsetzung der Richtlinien zum Datenschutz in Strafsachen in unterschiedlichen Gesetzen vorzunehmen. Bei einem derartigen Vorgehen wäre eine konsequentere Anpassung des BDSG-neu an die Vorgaben der DSGVO möglich. Die EU-Vorgaben zum Datenschutz in Strafsachen könnten so dann in einem nachgelagerten Gesetzgebungsverfahren im Rahmen eines Spezialgesetzes erfolgen, das hinsichtlich grundsätzlicher Aspekte auf die Regelung der allgemeinen Regelungen der DSGVO verweist.

Von besonderer Bedeutung für den kooperierenden Mittelstand sind die nachfolgenden Vorschriften des Entwurfes, auf die sich die Stellungnahme des MITTELSTANDSVERBUNDES beschränkt:

## **II. Stellungnahme zu den einzelnen Regelungen**

### **1. § 1 Anwendungsbereich**

Aus Sicht der nicht-öffentlichen Stellen wird die DSGVO künftig das zentrale Regelwerk des Datenschutzrechtes sein. Die DSGVO bietet insofern die Möglichkeit, Datenverarbeitungsprozesse europaweit zu vereinheitlichen und dadurch erhebliche Transaktionskosten für Unternehmen einzusparen. Dies kann jedoch nur dann gelingen, wenn die Mitgliedstaaten mit den ihnen gewährten Möglichkeiten zum Erlass von Abweichungs- oder Konkretisierungsrecht sorgfältig und vor allem

sparsam umgehen. Der deutsche Gesetzgeber sollte daher noch einmal kritisch überdenken, welche der zahlreichen Öffnungsklauseln tatsächlich genutzt werden müssen und in welchem Umfang dies erfolgen muss.

Die weitest gehende Beibehaltung der geltenden Rechtslage ist eines der mit dem Referentenentwurf verfolgten und bereits im Vorfeld erklärten Ziele. Das ist nach Auffassung des MITTELSTANDSVERBUNDES ausdrücklich zu begrüßen. Es ist jedoch bedauerlich, dass die „Umsetzung“ der DSGVO und damit die Reform des deutschen Datenschutzrechtes wegen des baldigen Geltungsbeginns nicht für eine politische und rechtliche Debatte über die Kompetenzverteilung bezüglich der Datenschutzgesetzgebung zwischen Bund und Ländern genutzt wird. Während die Vereinheitlichung des Datenschutzrechtes in Europa zentrales Motiv für die DSGVO war, stellt sich in Deutschland auch nach einer europäischen Reform die Frage der Kohärenz der Datenschutzgesetze in Bund und Ländern. Bereits jetzt ist absehbar, dass die Länder auch nach der Reform ihre Rechtsetzungskompetenz nutzen werden, um eigenständige Datenschutzregelungen zu erlassen, anstatt die Regelungen des Referentenentwurfes zu übernehmen und damit die notwendige Einheitlichkeit des Datenschutzrechtes in Deutschland zu gewährleisten.

In Anbetracht der Tatsache, dass die neue DSGVO erst ab Mai 2018 in allen Mitgliedsstaaten der EU unmittelbare Wirkung entfaltet, ist eine vorschnell wirkende Reform der bundesdeutschen Datenschutzregelungen nicht angezeigt und unnötig. Aus Sicht des MITTELSTANDSVERBUNDES wäre jetzt eine sinnvolle Gelegenheit, die Debatte über die Kompetenzverteilung bezüglich der Datenschutzgesetzgebung in Bund und Ländern zu führen und erst danach eine möglichst einheitliche „Umsetzung“ der DSGVO in nationales Recht auf den Weg zu bringen.

## **2. § 2 Begriffsbestimmungen**

§ 2 BDSG-neu enthält einen umfassenden Katalog an Legaldefinitionen. Dabei handelt es sich fast vollständig um eine bloße Wiederholung der Definitionen der DSGVO. Bis auf die Legaldefinitionen im § 2 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 BDSG-neu („Öffentliche Stellen des Bundes“ sowie „Öffentliche Stellen der Länder“) handelt es sich um eine wortgleiche Übernahme sämtlicher Begriffsbestimmungen der DSGVO.

Diese Wiederholungen der Definitionen sind verwirrend und rechtlich überflüssig. Zudem ist kein Mehrwert für die Verständlichkeit zu erkennen. Im Gegenteil: Da die Definitionen ohne jeglichen Regelungskontext aufgelistet werden, erschließt sich darin keinerlei Systematik oder sonstige inhaltliche Anknüpfung an die übrigen Regelungen. Davon abgesehen ist die Notwendigkeit einer solchen Wiederholung von Begriffsbestimmungen aus Sicht des Europarechtes zu bezweifeln. Zwar gibt sich der Referentenentwurf in seiner Begründung Mühe dahingehend zu erklären, dass die Wiederholungen notwendig und europarechtskonform ausgestaltet ist; es ist allerdings sehr fraglich, ob die Wiederholung der Begriffsbestimmungen zur Kohärenzwahrung und besseren Verständlichkeit tatsächlich erforderlich sind, zumal im Referentenentwurf an diversen anderen Stellen, die wesentlich unübersichtlicher sind, auf die DSGVO verwiesen wird.

Fraglich ist überdies, ob die Differenzierung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen (§ 2 Abs. 1 BDSG-neu), die sich durch weite Teile des Referentenentwurfes zieht, so erforderlich und europarechtskonform ist. Die DSGVO kennt diese Differenzierung so nicht und sieht dafür auch keine mitgliedsstaatliche Sonderregelung vor.

Da es sich bei der DSGVO um eine Verordnung mit unmittelbarer Geltung in jedem Mitgliedsstaat handelt, ist den Mitgliedsstaaten nach allgemeinem Europarecht untersagt, nationale Vorschriften beizubehalten oder einzuführen, die europäischen Regeln widersprechen oder diese lediglich inhaltsgleich wiederholen. Vor diesem Hintergrund regt DER MITTELSTANDSVERBUND an, § 2 BDSG-neu ersatzlos zu streichen.

### **3. § 4 Videoüberwachung**

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-neu soll die Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume durch nicht-öffentliche Stellen mittels optisch-elektronischen Einrichtungen erlaubt sein, wenn es zum Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen erforderlich ist, die sich in öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen, insbesondere Sport-, Versammlungs- und Vergnügungsstätten, Einkaufszentren oder Parkplätzen, oder Einrichtungen und Fahrzeugen des öffentlichen Personenverkehrs aufhalten, und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen überwiegen.

Im Umkehrschluss folgt aus dieser Regelung, dass Videoüberwachungen in öffentlich-zugänglichen Räumen, die nicht als großflächige Anlagen in diesem Sinne zu definieren sind, z.B. einem Geschäfts- oder Ladenlokal, unzulässig wären. Ein solches Verbot ist jedoch laut Gesetzesbegründung weder intendiert, noch angezeigt.

Derzeit ist es aufgrund der sehr restriktiven Überwachungspraxis zahlreicher Datenschutzaufsichtsbehörden für den Einzelhandels oftmals nicht möglich, Videoüberwachung mit dem Zwecke der Verbesserung der Sicherheit und zum Schutze der Kundinnen und Kunden zu installieren und dauerhaft rechtssicher zu betreiben. Hervorzuheben ist dabei insbesondere, dass die Datenschutzaufsichtsbehörden das Ziel, zur Strafverfolgung beizutragen oder Kunden und Mitarbeiter von Straftaten zu schützen, in der Regel nicht als berechtigtes Interesse anerkennen, welches eine Videoüberwachung rechtfertigen könnte. Hierfür besteht jedoch großer Bedarf, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der den Handel stark belastenden Inventurdifferenzen von jährlich fast 4 Mrd. EUR.

Angesichts dieser heute bestehenden Einschränkung bei der Durchführung von Videoüberwachungen im Einzelhandel fordert DER MITTELSTANDSVERBUND, den Anwendungsbereich für die neue Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-neu nicht nur auf Einkaufszentren zu begrenzen, sondern auch Einzelhandelsgeschäfte – unabhängig von ihrer Größe – in die Regelung miteinzubeziehen. Dies ist für

die Rechtssicherheit der Einzelhandeltreibenden Unternehmen überaus wichtig. Im Ergebnis dürfen die bislang in § 6b BDSG-alt geregelten Möglichkeiten zur Videoüberwachung also nicht eingeschränkt werden.

#### **4. § 23 Verarbeitung zu anderen Zwecken**

§ 23 Abs. 2 BDSG-neu regelt ergänzend zu Art. 6 Abs. 4 DSGVO Fälle, in denen die Datenverarbeitung zu anderen Zwecken als denen, zu denen sie erhoben worden sind, zulässig ist. Die Regelungen entsprechen weitestgehend denen des § 28 BDSG-alt. Alle in § 23 Abs. 2 BDSG-neu aufgenommenen Fallgruppen sind in der unternehmerischen Praxis von größter Bedeutung und müssen beibehalten werden.

So umfasst § 23 Abs. 2 Nr. 2 BDSG-neu u.a. Datenübermittlungen zur Geltendmachung, Ausübung und Verteidigung rechtlicher Ansprüche. Dies hat insbesondere im Mittelstand erhebliche Bedeutung. Es ist für die Unternehmen unabdingbar, Kundendaten zur Rechtsverfolgung auch an Rechtsanwaltskanzleien oder Inkassounternehmen weitergeben zu dürfen, wenn Rechnungen für bestellte und gelieferte Ware nicht oder nicht vollständig beglichen werden oder Lastschriften nicht eingelöst werden können und keine anderweitige Begleichung der Ausstände erfolgt.

Die Regelung zur Zweckänderung nach § 23 Abs. 2 Nr. 3 BDSG-neu muss allerdings praxisgerechter ausgeführt und ergänzt werden.

So sollte eine Zweckänderung nicht nur dann zulässig sein, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen erforderlich ist, sondern auch dann, wenn es zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten erforderlich ist. Die Einbeziehung von derartigen Drittinteressen wird auch von der DSGVO (vgl. Art. 23 Abs. 1i DSGVO) vorgesehen und ist für die Durchführung z.B. von Werbemaßnahmen über Drittanbieter unerlässlich. In diesem Zusammenhang sollte in Bezugnahme auf Art. 23 DSGVO in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die adressierte Briefwerbung grundsätzlich ohne Einwilligung zulässig ist und bleibt, solange der Betroffene nicht widersprochen hat.

#### **5. § 24 Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext**

§ 24 BDSG-neu übernimmt im Wesentlichen die Regelungen der §§ 32,3 Abs. 11 BDSG-alt, Art. 88 DSGVO. Diese Übernahme ist zunächst zu begrüßen. In der Gesetzesbegründung zu § 24 heißt es denn auch ergänzend: „Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass Art. 88 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, dass Mitgliedsstaaten Vorschriften zur Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten auch in Form von Kollektivvereinbarungen vorsehen können.“ Dieser Passus in der Gesetzesbegründung sollte entsprechend der DSGVO (vgl. insbesondere Erwä-

gungsgrund 155) um den Hinweis ergänzt werden, dass es sich bei Kollektivvereinbarungen neben Tarifverträgen ausdrücklich auch um Betriebsvereinbarungen auf Unternehmensebene handeln kann.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass aufgrund der Regelungen in der DSGVO sowie der bestehenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes weitergehende Ausführungen zur Zulässigkeit von (freiwilligen) Einwilligungen zur Datenverarbeitungen im Beschäftigtenkontext im deutschen BDSG-neu nicht erforderlich sind.

## **6. § 27, 28 Übermittlung an Auskunfteien/Scoring**

§ 27 BDSG-neu übernimmt im Wesentlichen die Regelung des § 28a BDSG-alt. Diese Regelungen enthalten spezifischen Maßnahmen, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sind. DER MITTELSTANDSVERBUND begrüßt diese Übernahme ausdrücklich. Gerade für den Mittelstand ist die Regelung von großer Bedeutung. Denn die Erteilung von Bonitätsauskünften für die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft und den Schutz der Verbraucher vor Überschuldung ist von zentraler Bedeutung und damit auch im öffentlichen Interesse.

Auch die Regelung zum Scoring in § 28 BDSG-neu enthält eine spezifische Maßnahme für eine bestimmte Verarbeitungssituation. Allerdings ist hier unklar, auf welche Öffnungsklausel sich § 28 BDSG-neu stützen kann. Dies betrifft einerseits das Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 DSGVO, andererseits das Verhältnis zu Art. 22 DSGVO. Nur wenn das Scoring im Rahmen von Profiling zu einer automatisierten Einzelfallentscheidung führt, sind mitgliedersstaatliche Regelungen überhaupt zulässig, wenn diese angemessene Maßnahmen enthalten. Allgemeine Regelungen zu Zulässigkeit von Scoring sind demgegenüber nicht zulässig, sondern würden mit dem in Art. 6 Abs. 1 DSGVO vorgesehenen Verbot und dort genannten Erlaubnistatbeständen kollidieren.

## **7. § 30 Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person**

DER MITTELSTANDSVERBUND begrüßt ganz ausdrücklich die Einschränkungen der Informationspflichten im Zusammenhang mit der zweckändernden Datenverarbeitung, insbesondere bei einem unverhältnismäßigen Aufwand. Dies kann zu einer erheblichen Belastung insbesondere des Mittelstandes führen. Die erhebliche Ausweitung der Informationspflichten u.a. durch die DSGVO führt zu einem stark steigenden Aufwand der Unternehmen. Es ist daher richtig, zumindest in den Fällen die Pflicht zur Information des Betroffenen entfallen zu lassen, wenn dies mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre oder sich als unmöglich erweist.

## **8. § 31 Informationspflicht, wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden**

Diese Regelung ergänzt die Ausnahmen von der Informationspflicht gegenüber den Betroffenen, wenn die Daten nicht bei ihm erhoben worden sind. Es ist zutreffend, dass auch insoweit mehrere Regelungen des geltenden Bundesdatenschutzgesetzes in den Referentenentwurf aufgenommen worden sind, soweit die Verordnung dies ermöglicht.

Aus Sicht des MITTELSTANDSVERBUNDES sollte § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 BDSG-neu jedoch ausdrücklich in den Gesetzestext übernommen werden. Derzeit wird lediglich in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass sich eine Unverhältnismäßigkeit auch aus der Zahl der betroffenen Personen ergeben könnte. Vorzugswürdig wäre an dieser Stelle eine Regelung, die Möglichkeit darzustellen, Daten aus öffentlich zugänglichen Quellen zu erheben und zu verarbeiten, auch tatsächlich weiter nutzen zu dürfen. Es ist auch zu berücksichtigen, dass bei öffentlich-zugänglichen Daten, die der Betroffene meist selbst veröffentlicht hat oder der Veröffentlichung zumindest zugestimmt hat, das Interesse an einer Information über die Datenerhebung in der Regel nicht oder nur sehr eingeschränkt vorhanden sein dürfte.

## **9. § 36 Betrieblicher Datenschutzbeauftragter**

Der Referentenentwurf ergreift die Möglichkeit der DSGVO zur Einführung von Regelungen zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Dabei wird die geltende Rechtslage nach BDSG-alt weitgehend aufrechterhalten.

Die Reform des Datenschutzrechtes sollte in diesem Zusammenhang allerdings nach Auffassung des MITTELSTANDSVERBUNDES zum Anlass genommen werden, die Voraussetzungen zur verpflichtenden Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu überdenken, insbesondere an die technischen Entwicklungen von Betrieben anzupassen. Heute haben selbst in kleinen und mittleren Unternehmen nahezu sämtliche Mitarbeiter Zugriff auf elektronisch verwaltete (Kunden-)Daten oder speichern diese als Kontaktdaten auf mobilen Endgeräten. Angesichts dieser typischen Betriebsabläufe ist die Beibehaltung eines Schwellenwertes von zehn Mitarbeitern, die ständig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind, nicht mehr zeitgemäß. Dieser Schwellenwert sollte spürbar auf mindestens 20 Mitarbeiter angehoben werden. Diese Maßnahme wurde bereits vom Bundeswirtschaftsministerium in Vorbereitung zum Arbeitsprogramm der Bundesregierung zur besseren Rechtssetzung 2014 vorgeschlagen. Überdies würde sich damit eine erhebliche Entlastung insbesondere des betroffenen Mittelstandes abzeichnen, die von der teilweise bürokratischen Verpflichtung zur Bestellung eines internen oder externen Datenschutzbeauftragten für das Unternehmen stark belastet und damit im Wettbewerb benachteiligt werden.