



Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache  
**19(4)187 B**



Berlin, 05. Dezember 2018

---

## Deutscher Industrie- und Handelskammertag

---

### **Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestags zum Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (2. Datenschutz-Anpassung- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU) BT-Drucksachen 19/4674,19/5414**

#### **I. Vorbemerkung**

Die Anpassung der bereichsspezifischen Datenschutzregelungen ist erforderlich. Sie gibt Gelegenheit, die Vorschriften auch daraufhin zu überprüfen, ob sie den Anforderungen des Art. 6 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) an eine ausreichende Rechtsgrundlage genügen.

Der Gesetzentwurf war zunächst nur unter dem Aspekt der formalen, redaktionellen Anpassung an die DSGVO formuliert worden. Nach mehr als einem halben Jahr Gültigkeit der DSGVO stellt sich jedoch die Frage, ob diese Gelegenheit genutzt werden sollte, um gewisse Entlastungen für die Verantwortlichen im Sinne des Datenschutzes zu schaffen.

Die DSGVO ist von dem Grundsatz „one size fits all“ ausgegangen. Wie die Praxis zeigt, trifft dieses Prinzip nur teilweise zu: kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) sind verhältnismäßig stärker belastet mit der Umsetzung als größere und große Unternehmen. Sie können häufig nicht auf internen Sachverstand in Person eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten zurückgreifen, sondern müssen externen Rat in Anspruch nehmen. Dieser ist aber momentan schwer zu bekommen, da alle kompetenten Berater eine sehr hohe Anzahl an Mandaten zu betreuen haben.

#### **II. Konkrete Vorschläge**

##### **1. Betrieblicher Datenschutzbeauftragter**

Das Institut des betrieblichen Datenschutzbeauftragten hat sich seit seiner Einführung bewährt. Es ist Ausdruck der Selbstverantwortung und der effektiven Selbstkontrolle der Unternehmen. Das Konzept des Datenschutzbeauftragten ist daher auch mit der DSGVO EU-weit eingeführt worden. Die DSGVO sieht jedoch die Bestellung eher als Ausnahme vor, während das BDSG die Bestellung als Regel ausgestaltet (hat).

Durch die Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten entstehen den KMU erhebliche Belastungen zusätzlich zu denen der DSGVO (Dokumentations-, Informationspflichten).

Der Spielraum des nationalen Gesetzgebers, im nichtöffentlichen Bereich von der DSGVO abzuweichen, ist sehr eng. Das BDSG eröffnet aber die Möglichkeit zur Erleichterung bei § 38 mit der Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten.

Bei der Änderung des BDSG zur Anpassung an die DSGVO wurde der bisher geltende Schwellenwert im Wesentlichen (nun: 10 Personen) beibehalten. Damit muss eine hohe Anzahl an Unternehmen einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellen. Die Zahl der zu berücksichtigenden Personen erhöht sich schnell bei Teilzeitbeschäftigungen oder auch bei Saisonbetrieben.

Ferner ist die Voraussetzung „ständig...“ mit Rechtsunsicherheit verbunden, da die Verarbeitung personenbezogener Daten bereits durch das Versenden von E-Mails häufig erfüllt ist. Zwar können sich auch durch die Nutzung von E-Mail-Verteilern datenschutzrechtliche Risiken ergeben. Dennoch geht der Gesetzgeber wohl eher von anderen Risikoszenarien aus. Daher scheint eine Formulierung angebracht, die solchen Risikosituationen entgegenwirken kann.

In etlichen Unternehmen besteht die „ständige Verarbeitung“ z. B. nur im Aufrufen der Kundendatei, um Lieferungen oder Dienstleistungen zu erbringen, die heute üblicherweise elektronisch bearbeitet werden. In einem Großteil der Unternehmen werden personenbezogene Daten eigentlich nur als Nebenprodukt, in Form von Lesen genutzt, z. B. ein Lagerarbeiter, der ein Versandetikett auf das Paket klebt, oder Transporteur, der eine Ware ausliefert und sich eine Unterschrift auf dem Tablett geben lässt.

#### **Vorschlag:**

1. Zunächst sollte die Pflicht zur Bestellung auf den gewerblichen Bereich beschränkt werden. Momentan trifft die Pflicht zur Bestellung auch Vereine. Zwar wird auch dort eine Vielzahl von personenbezogenen Daten verarbeitet. Damit Idealvereine nicht erfasst werden, die durchaus wirtschaftliche Tätigkeit ausüben können, die aber dem Vereinszweck untergeordnet ist, sollte der Anknüpfungspunkt der Gemeinnützigkeit geprüft werden. Wie Erwägungsgrund 18 der DSGVO zeigt, sollen von der DSGVO nicht-berufliche Tätigkeiten in Bezug auf den Datenschutz ausgenommen werden. Daher erscheint es sinnvoll, die Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten auf die Fälle zu beschränken, in denen Verantwortliche personenbezogene Daten geschäftsmäßig verarbeiten oder – alternativ – die Verarbeitung gewerblichen Zwecken dient, wobei letzteres auch Freiberufler ausnehmen würde, die zu einem großen Teil ohnehin ihrem Berufsgeheimnis unterliegen.

2. Für eine Anhebung des Schwellenwertes von 10 auf 20 Beschäftigte spricht, dass viele der kleineren und mittleren Unternehmen personalintensiv wegen Teilzeitbeschäftigten oder Saisonarbeitern sind. Mit der Klarstellung von Verantwortlichkeiten nimmt die DSGVO verstärkt die Unternehmer („Verantwortliche“) in die Pflicht. Inhaber/Geschäftsführer sind im Zweifel ohnehin die Verantwortlichen, müssen also für die Festlegung des Schwellenwertes nicht berücksichtigt werden. Insofern macht es gerade bei KMU Sinn, dass diese nicht dauerhaft einen Datenschutzbeauftragten bestellen müssen, sondern punktuell bei Bedarf entsprechende Dienste in Anspruch nehmen können. Dies trägt zur Kostenreduzierung bei und entschärft die Nachfrage nach fachlich qualifizierten Datenschutzbeauftragten, ohne dass dies zu qualitativen Einbußen führen muss.

3. Generell ist jedoch zu fragen, ob ein Schwellenwert für die Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten sinnvoll ist. Angesichts der neuen Möglichkeiten, mit – sehr – kleinen Einheiten erhebliche Mengen von Daten verarbeiten zu können, wäre es sinnvoller, die Idee der DSGVO zu übernehmen, anhand der Tätigkeit des Unternehmens („Kerntätigkeit“) bzw. der Beschäftigten zu differenzieren, um damit dem durch ein hohes Maß an Datenverarbeitung steigenden Risiko zu begegnen.

Der DIHK schlägt daher folgende Formulierung für § 38 Abs. 1 BDSG vor:

### **§ 38 Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen**

(1) Ergänzend zu Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe b und c der Verordnung (EU) 2016/679 benennen der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten, soweit in der Regel mindestens **zwanzig Beschäftigte ständig personenbezogene Daten automatisiert verarbeiten und die Verarbeitung gewerblichen Zwecken dient**. Nehmen der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Artikel 35 der Verordnung (EU) 2016/679 unterliegen, oder verarbeiten sie personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung, haben sie unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten zu benennen.

Hilfsweise käme auch noch folgende Änderung in Betracht, wenn der Schwellenwert der Beschäftigten nicht geändert werden sollte:

### **§ 38 Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen**

(1) Ergänzend zu Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe b und c der Verordnung (EU) 2016/679 benennen der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten, soweit in der Regel mindestens zehn **Beschäftigte ständig personenbezogene Daten automatisiert verarbeiten und die Verarbeitung gewerblichen Zwecken dient**. Nehmen der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Artikel 35 der Verordnung (EU) 2016/679 unterliegen, oder verarbeiten sie personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung, haben sie unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten zu benennen.

Unabhängig von einem Schwellenwert könnte folgende Formulierung genutzt werden. Allerdings birgt sie neue Rechtsunsicherheiten bzgl. des Begriffs „wesentlich“:

### **§ 38 Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen**

(1) Ergänzend zu Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe b und c der Verordnung (EU) 2016/679 benennen der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten, soweit **die Verarbeitung gewerblichen Zwecken dient und die wesentliche Tätigkeit der Beschäftigten in der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten besteht**. Nehmen der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Artikel 35 der Verordnung (EU) 2016/679 unterliegen, oder verarbeiten sie personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung, haben sie unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten zu benennen.

## **2. Abmahnungen**

Zwar ist die befürchtete Abmahnwelle durch Inkrafttreten der DSGVO ausgeblieben. Es hat aber durchaus Versuche flächendeckender Abmahnungen gegeben. Wie die Entscheidungen des LG Würzburg und des LG Bochum zeigen, besteht auch bei Gerichten eine unterschiedliche Rechtsauffassung zu der Frage, ob die DSGVO eine abschließende Regelung ist. Um Unternehmen vor

dieser Rechtsunsicherheit wirksam zu schützen, muss der Gesetzgeber Klarheit schaffen. Insofern schlagen wir vor, klarzustellen, dass weder die DSGVO noch das BDSG Vorschriften im Sinne von § 3a UWG sind.

Datenschutz ist nicht Verbraucherschutz, sondern ein Individualgrundrecht, das sich kollektiver Wahrnehmung entzieht.

Unternehmen nehmen zunehmend die Beratungsleistung der Datenschutzaufsichtsbehörden in Anspruch. Diese positive Zusammenarbeit hat bisher auch dazu geführt, dass wenige Klagen im Bereich des Datenschutzes erhoben wurden. Behörden arbeiten mit verschiedenen Maßnahmen eher unterstützend als bestrafend nicht nur auf die Beseitigung, sondern schon auf die Verhinderung von Datenschutzverstößen hin. In vielen Fällen verhängen sie nicht sofort Bußgelder und sonstige Strafen, sondern wirken im ersten Schritt durch Hinweise auf die Korrektur des Fehlers hin sowie mittels Orientierungshilfen, Informationsblättern und Veranstaltungen präventiv Verstößen entgegen und erhöhen das Bewusstsein bei den Unternehmen.

Im Internet gibt es sicherlich viele Datenschutzerklärungen, die abmahnfähig sind, weil die vielen Informationspflichten inzwischen kaum zu überblicken und einzuhalten sind. In den meisten Fällen liegt aber trotz fehlerhafter Datenschutzerklärung tatsächlich kein Datenmissbrauch vor. Eine sofortige Abmahnung ist überzogen und führt zu einer unnötigen Zusatzbelastung für Unternehmen. Flächendeckende Kontrollen durch die Behörden dagegen führen nicht nur zu einer Beseitigung von eventuellen datenschutzrechtlichen Defiziten bei dem geprüften Unternehmen, sondern lenken auch die Aufmerksamkeit der anderen Unternehmen auf den Datenschutz und die Beseitigung der in der jeweiligen Prüfung festgestellten Mängel (z. B. durch die Tätigkeitsberichte der Datenschutzaufsichtsbehörden).

Das Nebeneinander von Datenschutzaufsicht und Verbandsklagerecht führt zu einer Rechtszersplitterung durch unterschiedliche Rechtswege. Damit erhöht sich die Rechtsunsicherheit für die Unternehmen, weil auch die Ergebnisse gerichtlicher Auseinandersetzungen unterschiedlich sein werden. Zwar ist eine Klärung von Rechtsfragen im Datenschutz durch Gerichte durchaus wünschenswert, diese sollte aber einheitlich in einem Rechtsweg erfolgen. Die momentane Rechtslage schafft die Gefahr widerstreitender Entscheidungen.

Ferner droht im Zivilverfahren immer das Damoklesschwert der einstweiligen Verfügung, die im Zweifel vorläufig vollstreckbar ist, ohne dass der Abgemahnte vorher angehört wird. Von einer echten „Anhörung“ des Betroffenen im Rahmen einer Abmahnung kann in den meisten Fällen kaum gesprochen werden. Die einstweilige Verfügung wird jedenfalls bei wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen praktisch standardmäßig als Druckmittel eingesetzt. Es bringt aber gerade Kleinunternehmer oft dazu, selbst bei unberechtigten oder zweifelhaften Abmahnungen schnell die Unterlassungserklärung zu unterschreiben und die Kosten zu bezahlen.

Demgegenüber ist das Verwaltungsverfahren bei Maßnahmen der Aufsichtsbehörde völlig anders strukturiert: Bevor ein (vorläufig) vollstreckbarer Verwaltungsakt seine Wirkung entfaltet, ist eine vorherige Anhörung des Betroffenen verpflichtend. Ein verwaltungsinternes Prüfungsverfahren erzeugt für den Betroffenen zunächst keine Kosten. Kommt der Fall vor Gericht, geht er in der Regel ins Hauptsacheverfahren. Denn Eilmaßnahmen kann die Behörde bei Eilbedürftigkeit selbst treffen.

Der Ansatz der DSGVO zu einem one-stop-shop (Kohärenzverfahren), bei dem die Unternehmen EU-weit eine Auskunft zu datenschutzrechtlichen Fragen erhalten, und das analoge nationale Verfahren würde durch die Möglichkeit von Abmahnungen konterkariert.

In der DSGVO wird die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden als ein wichtiges Regelungsziel in Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH gesehen. Private Verbände unterliegen hingegen anderen Interessen und Abhängigkeiten.

Der DIHK schlägt daher folgende Formulierung für eine Regelung im BDSG vor:

„Vorschriften der Verordnung (EU) 679/2016 und Vorschriften der Teile 1 und 2 dieses Gesetzes stellen keine Vorschriften im Sinne von § 3a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb dar.“

### **3. Öffnungsklausel des Art. 10 DSGVO**

Nach dem Wortlaut des Art. 10 ist die Verarbeitung von Daten über Straftaten und strafrechtliche Verurteilungen nur „unter behördlicher Aufsicht“ zulässig. Unternehmen benötigen aber in etlichen Zusammenhängen z. B. Auskünfte aus dem Bundeszentralregister von ihren Beschäftigten oder von anderen Vertragspartnern. Das gilt z. B. bei Bewachungsunternehmen, die im Sicherheitsbereich öffentlicher Einrichtungen tätig sind oder für Versicherungsunternehmen bei leitenden Personen oder Personen in Schlüsselfunktionen. Da diese Verarbeitung auf einer Rechtsgrundlage basiert, ist sie nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO zulässig, scheint aber durch Art. 10 wiederum verboten. Zur Schaffung von Rechtsklarheit für die Unternehmen wäre es daher sinnvoll zu regeln, dass Unternehmen Daten über Straftaten und strafrechtliche Verurteilungen verarbeiten dürfen, wenn sie dazu durch gesetzliche Vorschriften verpflichtet sind oder es im Rahmen von Verträgen erforderlich ist.

### **Ansprechpartnerin im DIHK**

Annette Karstedt-Meierrieks  
Bereich Recht  
Leiterin des Referats Wirtschaftsverwaltungsrecht,  
Öffentliches Auftragswesen, Datenschutz  
DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.  
Breite Straße 29 | 10178 Berlin  
Telefon 030 20308-2706  
Fax 030 20308-52706  
E-Mail: [karstedt-meierrieks.annette@dihk.de](mailto:karstedt-meierrieks.annette@dihk.de)  
[www.dihk.de](http://www.dihk.de)

### **Wer wir sind:**

Unter dem Dach des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) haben sich die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften.

Auf Bundes- und Europaebene setzt sich der DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein.

Denn mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK - vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. So sind DIHK und IHKs eine Plattform für die vielfältigen Belange der Unternehmen. Diese bündeln wir in einem verfassten Verfahren auf gesetzlicher Grundlage zu gemeinsamen Positionen der Wirtschaft und tragen so zum wirtschaftspolitischen Meinungsbildungsprozess bei.

Darüber hinaus koordiniert der DIHK das Netzwerk der 140 Auslandshandelskammern, Delegationen und Repräsentanzen der Deutschen Wirtschaft in 92 Ländern.

Er ist im Register der Interessenvertreter der Europäischen Kommission registriert (Nr. 22400601191-42).