

Stellungnahme

zum Regierungsentwurf der Novelle des BDSG

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits
und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften

Dokumenten Nr.
D 262

Datum
16. März 2009

Seite
1 von 7

I. Grundsätzliche Einschätzung

Mehrere in den zurückliegenden Monaten bekannt gewordene schwere Verstöße im Bereich des Datenschutzes haben die Bundesregierung motiviert, eine Reform des Datenschutzrechts voranzutreiben.

Eine Modernisierung des Datenschutzrechts ist begrüßenswert im Rahmen der Anpassung der datenschutzrechtlichen Vorschriften an die sich wandelnden Gegebenheiten. Eine generelle Verschärfung des Datenschutzes indes schießt über das Ziel hinaus. Alle Vorgehensweisen, die hinter den Skandalen in datenverarbeitenden Unternehmen innerhalb der letzten Monate standen, sind bereits nach geltendem Bundesdatenschutzgesetz rechtswidrig. Dies betrifft beispielsweise die Weitergabe von Kontodaten aus Call-Centern. Derart sensible Daten sind vom derzeit so umstrittenen Listenprivileg überhaupt nicht erfasst.

Statt auf legislativen Aktionismus ist auf konsequente Durchsetzung des Rechts zu setzen. Es gilt vordringlich, einerseits Aufklärung der Verbraucher zu leisten und andererseits Vollzugsdefizite durch bessere Kontrolle auszugleichen. Hierzu sind die den Datenschutz überwachenden Behörden unter Umständen personell aufzustocken. Ein erhöhter Bußgeldrahmen alleine wird kaum ausreichend abschrecken können.

In Krisenzeiten gilt noch mehr als sonst, dass keine Gesetzesänderungen vorgenommen werden dürfen, die Arbeitsplätze gefährden. Nicht nur Werbewirtschaft und Direktmarketing-Branche wären von den beabsichtigten Verschärfungen im BDSG betroffen. Eingeschränkte Möglichkeiten zur Neukundengewinnung treffen unmittelbar oder mittelbar alle Unternehmen der industriellen und dienstleistenden Wirtschaft.

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: 030 2028-1455
F: 030 2028-2455

Internet
www.bdi.eu

E-Mail

F.Richter@bdi.eu

Auch mit Blick auf die allgemeine politische Zielsetzung eines Abbaus bürokratischer Lasten kann der Gesetzesentwurf nicht überzeugen. Für die Wirtschaft werden 15 neue Informationspflichten eingeführt; die Bundesregierung selbst rechnet mit zu erwartenden Mehrbelastungen für die Wirtschaft von über 10 Mio. Euro.

Der Gesetzesentwurf in seiner vorliegenden Form ist unverhältnismäßig. Zur beabsichtigten Verhinderung illegalen Datenhandels ist er aus den genannten Gründen nicht geeignet. Die Neuregelungen trafen nicht die „schwarzen Schafe“, stattdessen entstünden Belastungen für die gesamte Wirtschaft. Dies kann angesichts der zu befürchtenden Auswirkungen auf Arbeitsplätze nicht im Sinne angemessener Gesetzgebung sein.

II. Einzelpunkte

1. Einwilligung und Listenprivileg

Im Regierungsentwurf ist vorgesehen, dass ein Betroffener zukünftig zwingend einzuwilligen hat, bevor listenmäßig zusammengefasste Daten über seine Person zu werblichen Zwecken überhaupt genutzt werden dürfen (§ 28 Abs.3, S.1 BDSG-E). Die bisher zulässige Möglichkeit, Adresslisten zu übermitteln, soll ganz entfallen. Mit dieser sogenannten *opt-in*-Lösung soll eine maximale Kontrolle des Verbrauchers über die Weitergabe seiner persönlichen Daten an Dritte gewährleistet werden.

Am stärksten betroffen von dieser Änderung wären Unternehmen im Bereich des Direktmarketing, deren Geschäftsmodell die Möglichkeit legalen Adresshandels zwingend voraussetzt, ebenso wie Versandunternehmen, die wegen der Fluktuation ihres Kundenstammes jährlich bis zu 20 % neue Kunden zu gewinnen haben. Aber auch alle anderen Wirtschaftszweige, die auf eine direkte Ansprache abgegrenzter Kreise potentieller Kunden angewiesen sind, litten unter einer Abschaffung des Listenprivilegs unmittelbar.

Zur Neukundenakquise ist der Zukauf von Adressen oftmals die einzig wirtschaftliche Möglichkeit. Am Beispiel der Tourismuswirtschaft kann dies gut veranschaulicht werden: Will ein mittelständischer Hotelier bundesweit potentielle Gäste anschreiben, darf er nach geltendem Recht Adressen z.B. bei Busunternehmen oder Reiseveranstaltern anmieten. Fällt diese Möglichkeit weg, wäre der Hotelier auf Massenwerbung angewiesen; diese ist für ihn entweder teuer und ineffizient (unspezifische Postwurfsendungen) oder wirtschaftlich außerhalb seiner Möglichkeiten (Fernsehwerbung).

Schwer trüfe die geplante Einwilligungslösung auch alle Existenzgründer. Diese treten regelmäßig ohne eigenen Kundenstamm in den Markt ein und verfügen nicht über die Mittel für Streuwerbung. Ihnen wird mit der Unterbindung des Adresszukaufs eine der wenigen Möglichkeiten zur gezielten Kundenakquise genommen. Der Markteintritt wird massiv erschwert oder gar unmöglich gemacht.

Mit der Umsetzung des den Adresshandel faktisch verbietenden Gesetzesentwurfes wäre auch dem Bürger als Schutzadressat nicht in dem beabsichtigten Maße gedient. Zwar würde er, wenn er keinerlei Einwilligungen abgäbe, eine Weitergabe seiner Adressdaten zu werblichen Zwecken verhindern und das Aufkommen von Direktwerbung einschränken. Er müsste aber mit einem erhöhten Aufkommen von Massenwerbung rechnen. Diese stört im Zweifel mehr als potentiell kundenspezifische Informationen zu neuen Produkten.

Aus Verbrauchersicht besteht durchaus Interesse an zielgerichteter Werbung. Überquellende Briefkästen mit Streuwerbung ohne Bezug erscheinen nicht als Alternative. Dass nur ein geringer Teil der Verbraucher die direkte werbliche Ansprache ganz ablehnt, zeigt sich zudem an der sehr niedrigen Quote derjenigen Verbraucher, die sich gegen Werbung entscheiden (Nutzung der Variante *opt out*).

Seitens der Befürworter der Gesetzesverschärfung wird meist auf Umfrageergebnisse hingewiesen, denen zufolge Werbung vom Bürger zunehmend als Störung empfunden werde. Es ist jedoch genau nach der Art der Werbeansprache zu unterscheiden. Die beklagten Beeinträchtigungen gehen nämlich hauptsächlich von Telefonwerbung aus. Mit Anrufen, womöglich zu Unzeiten, wird in diesem Bereich – bereits heute illegal – massiv in die Privatsphäre eingegriffen. Bei Postsendungen dagegen verbleibt die Möglichkeit des Ignorierens der Werbung durch Entsorgung. Eine Situation psychischen Bedrängens wie in einem Gespräch kann sich bei Werbepost nicht einstellen.

Diese Differenz in der Intensität möglicher Belästigungen ist bei gesetzgeberischen Maßnahmen in der Wahl der Mittel zu berücksichtigen. Dennoch werden trotz aller sachlichen Unterschiede beharrlich Telefonwerbung, Listenprivileg und sogar illegaler Handel mit Kontonummern in einen Topf geworfen. Jüngst haben Vertreter der Länder im Bundesrat zur Eindämmung illegalen Handels mit Kontonummern eine Verkürzung der im Gesetzesentwurf enthaltenen Übergangsfrist gefordert.

Schließlich darf angesichts der von der Bundesregierung vorgesehenen faktischen Abschaffung des Listenprivileges der in Artikel 7 f der Europäischen Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) vorgeschriebene Interessenausgleich nicht aus dem Blick geraten. Ein solcher kann nicht angemessen erreicht werden, wenn die Interessen von Unternehmen, die auf die Nutzung des Listenprivileges angewiesen sind, komplett ausgeblendet werden.

2. Gesetzliche Ausgestaltung einer verbindlichen Ausschlussliste

Die Verfügungsgewalt über die persönlichen Daten liegt bereits heute beim Bürger. Dies ist verbraucherpolitisch deutlich stärker zu betonen als bisher. Mit der bestehenden *Opt-out*-Regelung hat ein aufgeklärter Verbraucher die Möglichkeit, Direktwerbung und Adressweitergabe auszuschließen. Das bestehende Recht geht von einem mündigen Verbraucher aus. Dieses Leitbild gilt es beizubehalten. Deshalb ist der in letzter Zeit insbesondere im Online-Sektor zu beobachtenden ausgeprägten Gleichgültigkeit der Bürger beim Umgang mit eigenen Daten durch Aufklärung und Sensibilisierung entgegenzuwirken. Umfragen zufolge streuen besonders junge Teilnehmer am Kommunikationsverkehr breite Datenspuren – entgegen allen Empfehlungen zur Datenvermeidung.

Zur Unterstützung der freien und verantwortungsbewussten Entscheidungsmöglichkeit bietet sich für den Gesetzgeber zuvorderst an, festzulegen, dass *opt-out*-Entscheidungen von Verbrauchern bindend sind. Neben dieser Verpflichtung für den Datenverwender kommt eine Verschärfung unternehmerischer Aufklärungspflichten in Betracht.

Zur Stärkung der *Opt-out*-Entscheidung braucht es keiner komplett neuen Systematik. Es kann auf ein bewährtes, wengleich bislang zu wenig beachtetes Instrumentarium zurückgegriffen werden. Die Direktwerbebranche unterhält seit 1971 freiwillig die sogenannte Robinson-Liste. In dieses Verzeichnis können sich Verbraucher kostenlos eintragen lassen, die Werbung durch Brief, Telefax, Telefon oder E-Mail nicht wünschen.

Eine solche Liste kann im Bundesdatenschutzgesetz verankert und verbindlich ausgestaltet werden. Missachtungen der eingetragenen Verbraucherentscheidungen sind dabei zu sanktionieren. Unternehmen, die das Listenprivileg nutzen wollen, werden zu einem Abgleich mit der aktuellen verbindlichen Ausschlussliste verpflichtet. Um die Akzeptanz der verbindlichen Ausschlussliste bei den Verbrauchern zu stärken, sollte sie bei einer anerkannt unabhängigen Stelle wie dem Bundesdatenschutzbeauftragten geführt werden.

Flankiert werden könnte die verbindliche Ausschlussliste durch eine gesteigerte Aufklärungspflicht seitens der datenverarbeitenden Unternehmen. Diese Verpflichtung kann im Rahmen des Zweiten Unterabschnittes der BDSG (Rechte des Betroffenen) eingefügt werden.

Mit der verbindlichen Ausschlussliste wäre dem selbstverantwortlichen Verbraucher viel gedient, er könnte sich auf die Wirksamkeit seiner bewussten Entscheidung gegen Direktwerbung verlassen. Verbraucher, die nichts gegen spezifizierte Werbung haben, können weiter interessen-gerecht informiert werden.

Die Beibehaltung einer Widerspruchslösung entspricht zudem eher europarechtlichen Vorgaben. Die Einführung eines generellen Einwilligungserfordernisses für werbliche Ansprachen von Verbrauchern geht unnötig weit über das in Artikel 14 der Datenschutzrichtlinie geforderte Widerspruchsrecht für Fälle der Datenverarbeitung und –nutzung hinaus.

3. Überprüfung der Notwendigkeit eines Datenschutzaudits

Eine gesetzliche Regelung einer Datenschutzauditierung hat nur dann einen Nutzen, wenn sie praxisnah und unbürokratisch umgesetzt wird. Zudem müsste eine solche Regelung für die Unternehmen genügend Anreize bieten, um genutzt zu werden. Die Werbung mit einem Datenschutzsiegel allein genügt nicht, schließlich ist die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften für alle Unternehmen ohnehin Pflicht.

Grundsätzlich betrachtet ist sehr zweifelhaft, ob eine Zertifizierung sinnvoll ist, die Unternehmen hauptsächlich für die Einhaltung gesetzlicher Grundsätze auszeichnet. Während im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb die Werbung mit Selbstverständlichkeiten sanktioniert ist, stellen im vorgelegten Datenschutzauditgesetz zwei der drei Voraussetzungen, nach denen das Datenschutzsiegel vergeben wird, Selbstverständlichkeiten dar. So sind sämtliche Unternehmen bereits nach geltendem Recht verpflichtet sowohl normal die Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten (§ 1 HS. 2 Nr. 1 DSAG-E), als auch die gesetzlichen Vorschriften betreffend den betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 1 HS. 2 Nr. 3 DSAG-E) einzuhalten.

Allein über § 1 HS. 2 Nr. 2 DSAG-E wäre überhaupt eine effektive Erweiterung des materiellen Datenschutzes zu erreichen. Aufgrund dieser Norm soll geprüft werden, ob die von einem beim Bundesdatenschutzbeauftragten eingerichteten Ausschuss aufgestellten Richtlinien zur Datenschutzverbesserung erfüllt werden. Da der Gesetzesentwurf hierzu keine inhaltlichen Vorgaben macht, ist offen, inwieweit damit echter Zusatznutzen geschaffen werden kann.

4. Weitere Regelungen

- Hinsichtlich der vorgesehenen Stärkung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist bei den einzelnen Maßnahmen eine kritische Abwägung zwischen bürokratischem Aufwand und Kosten für die Unternehmen einerseits und dem konkreten Nutzen für den betrieblichen Datenschutz andererseits durchzuführen. Zu erwarten ist, dass bei einer Ausweitung des Kündigungsschutzes für innerbetriebliche Datenschutzbeauftragte verstärkt auf externe Datenschutzbeauftragte gemäß § 4f II 3 BDSG ausgewichen wird.
- Das geplante Kopplungsverbot in § 28 III b BDSG-E hat wegen der in § 4 I 1 BDSG bereits geforderten Freiwilligkeit der Einwilligung in die Datennutzung nur deklaratorischen Charakter. Eine sachwidrig mit einer Vertragsleistung gekoppelte und somit verfälschte Einwilligung ist nach herrschender Literaturmeinung bereits im Sinne des geltenden Rechts nicht mehr freiwillig und daher unwirksam. Das allgemeine Erfordernis dieser echten Freiwilligkeit gilt allgemein und unabhängig von der Marktmacht des datenverarbeitenden Unternehmens. Die Einführung oder Erweiterung eines Kopplungsverbotes ist daher abzulehnen.
- Die neu eingeführte Informationspflicht nach unrechtmäßigen Datenübermittlungen sieht nach § 42 a BDSG-E bei einer Vielzahl von Betroffenen eine Pflicht zur Veröffentlichung halbseitiger Anzeigen in zwei bundesweiten Tageszeitungen vor. Dies erscheint in Anbetracht der damit verbundenen Kosten und dem damit erreichbaren Nutzen für die Betroffenen unverhältnismäßig.
- Die in § 47 BDSG-E vorgesehene Übergangsfrist gilt nicht für den Adresshandel und betrifft vor allem nur Daten, die vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung erhoben werden.

Hierdurch wird das mit Übergangsfristen üblicherweise verfolgte Ziel einer Erleichterung der Umstellung für die betroffene Wirtschaft nicht erreicht: Für die Neukundenakquise sind Wirtschaftsunternehmen auf ständig aktualisierte Daten angewiesen. Bestandsdaten veralten dagegen bereits innerhalb weniger Monate. Die für die Übergangsfrist zulässige Nutzung lediglich von Altdaten wird dem Sinn der Übergangsvorschrift nicht gerecht und verschärft ohne Not den Anpassungsdruck. Die Länder haben diesbezüglich im Bundesrat gefordert, wegen des schwunghaften Handelns mit Kontonummern müsse die Übergangsfrist noch verkürzt werden. Da ein Handel mit Kontonummern bereits nach geltendem Recht illegal ist, liegt dieses Argument neben der Sache.
