

**Schleswig-Holsteinischer Landtag**  
**Umdruck 16/3651**

Innenministerium  
des Landes  
Schleswig-Holstein

Staatssekretär

An den  
Vorsitzenden des  
Innen- und Rechtsausschusses  
beim Schleswig-Holsteinischen Landtag  
Herrn Werner Kalinka, MdL  
Landeshaus

24105 Kiel

Kiel, den 14. November 2008

**Illegaler Datenhandel;  
Bericht über die Ergebnisse des Datenschutzgipfels sowie über den Sach- und Ver-  
fahrensstand der Änderung des BDSG auf Bundesebene**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in der Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses am 24. September 2008 wurde im Zusammenhang mit dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Illegaler Datenhandel – (Drs. 16/2224) das Innenministerium gebeten, dem Ausschuss einen schriftlichen Bericht über die Ergebnisse des Datenschutzgipfels sowie über den Sach- und Verfahrensstand auf Bundesebene zuzuleiten. Ich komme dieser Bitte hiermit nach.

**1. Gesetzentwurf zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)**

Die Bundesregierung hatte im August d.J. einen Gesetzentwurf zur Änderung des BDSG vorgelegt, weil das derzeitige Gesetz der steigenden Bedeutung von Auskunfteien in einer immer anonymen werdenden Geschäftswelt und ihrer Nutzung durch immer weitere Branchen nicht mehr ausreichend Rechnung trägt. Aufgrund der bestehenden intransparenten Verfahrensweisen der Auskunfteien ist es für die Betroffenen zunehmend schwerer, die Entscheidungen der Geschäftspartner nachvollziehen zu können.

Ziel des Gesetzentwurfes ist daher, den Einsatz von sog. Scoringverfahren zu regeln.

Hierbei handelt es sich um mathematisch-statistische Verfahren zur Berechnung der Wahrscheinlichkeit, mit der eine bestimmte Person ein bestimmtes Verhalten zeigen wird. Diese Verfahren werden in erster Linie zur Bewertung der Kreditwürdigkeit der Betroffenen verwendet. Darüber hinaus sollen mit dem Gesetzentwurf die Informations- und Auskunftsrechte der Betroffenen gestärkt werden und durch die Einführung spezifischer Erlaubnistatbestände für die Datenverarbeitung durch Auskunfteien mehr Rechtssicherheit geschaffen werden.

Durch zwischenzeitlich bekannt gewordene Fälle von Datenmissbrauch und illegalem Datenhandel ist während des Gesetzgebungsverfahrens ein zusätzlicher Änderungsbedarf des BDSG entstanden. Auch in Schleswig-Holstein war ein gravierender Datenmissbrauchsfall aufgetreten. Die Verbraucherzentrale SH hatte am 11.08.2008 dem Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz (ULD) eine CD aus einem Lübecker Callcenter übergeben, auf der mehr als 17.000 Personendatensätze mit Namen, Adresse, Geburtsdatum, Telefonnummer und Kontoverbindung gespeichert sind.

Im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens wurden von den Ländern zahlreiche Anträge zur Änderung des BDSG gestellt. Schleswig-Holstein hatte im Innenausschuss des Bundesrates einen Entschließungsantrag gestellt, folgende zusätzliche datenschutzrechtliche Aspekte zu berücksichtigen:

- die Datenweitergabe für Werbezwecke unter Einwilligungsvorbehalt zu stellen, um die Betroffenen künftig vor Datenmissbrauch zu schützen,
- ein sog. Kopplungsverbot auszusprechen, dass ein Vertragsabschluss nicht von der Zustimmung zur Nutzung von Daten abhängig gemacht werden, die für die Vertragsabwicklung nicht benötigt werden und
- eine gesetzliche Klarstellung zu fordern, dass das Datenschutzrecht verbraucher-schützenden Charakter hat.

Der Antrag ist in die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf eingeflossen.

## **2. Datenschutzgipfel**

Aus Anlass der bekannt gewordenen Vorkommnisse beim geschäftsmäßigen Handel mit personenbezogenen Daten fand am 04.09.2008 im Bundesministerium des Innern ein sog. "Datenschutzgipfel" mit den für den Datenschutz zuständigen Institutionen aus Bund und Ländern statt. Teilnehmer auf Bundesebene waren das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, das Bundesministerium für Justiz, das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz sowie der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit. Auf Seiten der Länder waren der Vorsitzende der Ständigen Konferenz der Innenminister und –senatoren der Länder und Vertreter der Aufsichtsbehörden der Länder für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich vertreten.

Im Ergebnis vereinbarten die Beteiligten folgende Eckpunkte zur Änderung des BDSG:

- Die Nutzung und Übermittlung personenbezogener Daten zu Zwecken des Adresshandels soll zukünftig nur noch mit ausdrücklicher Einwilligung der Betroffenen möglich sein. Das derzeit geltende sog. „Listenprivileg“, das eine grundsätzliche Erlaubnis zur Weitergabe bestimmter personenbezogener Daten zu Werbezwecken und zur Markt- und Meinungsforschung (ohne Einwilligung des Betroffenen) enthält, soll abgeschafft werden.
- Es wird ein sog. „Kopplungsverbot“ für marktbeherrschende Unternehmen eingeführt. Die Erbringung einer Leistung darf nicht mehr an die Einwilligung des Betroffenen geknüpft werden, seine personenbezogenen Daten für vertragsfremde Zwecke zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Die Preisgabe soll nur erfolgen, soweit die Kenntnis dieser Daten für die Abwicklung des mit dem Betroffenen geschlossenen Vertrages zwingend erforderlich ist.
- Die Bußgeldtatbestände für Verstöße gegen das Datenschutzrecht sollen erweitert werden. Hierzu gehört die Ergänzung von Straf- und Bußgeldtatbeständen, um

Strafbarkeitslücken zu schließen, aber auch ggf. die Erhöhung des Bußgeldrahmens.

- Es sollen Möglichkeiten zur Abschöpfung unrechtmäßiger Gewinne aus illegaler Datenverarbeitung geschaffen werden. Den Verantwortlichen soll kein wirtschaftlicher Vorteil aus Rechtsverstößen bleiben.

Neben diesen Eckpunkten wurde darüber hinaus die Prüfung folgender Punkte vereinbart:

- Stärkung der Stellung der betrieblichen Datenschutzbeauftragten
- Einführung einer Kennzeichnungspflicht für die Herkunft personenbezogener Daten
- Einführung einer Informationspflicht bei Datenschutzpannen.

Es wurde u.a. beschlossen, eine offene Länderarbeitsgruppe mit den für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Stellen einzurichten, die auch Verbesserungsmöglichkeiten in der Vollzugspraxis der Aufsichtsbehörden prüfen sollte.

Der Bundesinnenminister kündigte ferner an, mit Blick auf die bekannt gewordenen Datenschutzprobleme ein Datenschutzauditgesetz vorzulegen.

### **3. Offene Länderarbeitsgruppe**

Die Arbeitsgruppe unter Vorsitz des Landes Brandenburg sollte sich mit der Frage beschäftigen, ob und wenn ja welche Möglichkeiten von den Ländern für eine Änderung des BDSG gesehen werden. Ferner sollten, unabhängig vom Änderungsbedarf, etwaige Mängel in der Vollzugspraxis untersucht und Vorschläge der Behebung von Vollzugsdefiziten unterbreitet werden. Auf eine im Vorfeld durchgeführte Umfrage des Vorsitzlandes hat das Innenministerium nach Beteiligung des ULD im schriftlichen Verfahren Vorschläge zum Novellierungsbedarf des BDSG und zur Beseitigung von Vollzugsdefiziten mitgeteilt.

Die Arbeitsgruppe, an der Vertreter aus 12 Ländern bzw. der Datenschutzaufsichtsbehörden sowie Vertreter vom Bundesbeauftragten für Datenschutz und die Informationsfreiheit teilgenommen haben, hat am 20.10.2008 einen Abschlussbericht dem Bundesinnenministerium vorgelegt.

Der Bericht (**Anlage**) enthält u.a. folgende wesentliche Ergebnisse zur Änderung des BDSG:

- Einschränkung bei der Erhebung, Speicherung, Nutzung und Übermittlung personenbezogener Daten, damit Unternehmen nur noch Daten verarbeiten, die für die Vertragsabwicklung erforderlich sind,
- Streichung des sog. Listenprivilegs für Zwecke der Werbung, Markt- und Meinungsforschung und des Adresshandels. Bei einer Datennutzung für Werbezwecke soll die derzeitige Widerspruchsmöglichkeit des Verbrauchers durch eine schriftliche Einwilligungserklärung ersetzt werden,
- Einführung eines gesetzlichen Kopplungsverbots, wonach der Abschluss von Verträgen nicht von der Einwilligung des Verbrauchers in die Datenverarbeitung zu vertragsfremden Zwecken abhängig gemacht werden darf,
- Verbesserung der Dokumentations- und Informationspflichten über Herkunft, Verwendung, Empfänger und Zugriffe auf Datenbanken,
- Einführung einer Kennzeichnungspflicht über die Herkunft der Daten,
- Stärkung der Stellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, z.B. durch Kündigungsschutz und Fortbildungsanspruch,
- Einführung einer Informationspflicht bei Datenschutzpannen,
- Stärkung der Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörden, indem die derzeitigen Befugnisse bei festgestellten technischen oder organisatorischen Mängeln auf materielle Mängel erweitert werden,

- Erweiterung der Bußgeldtatbestände bei Datenschutzverstößen, um besser auf die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen hinwirken zu können,
- Antragsrecht der Aufsichtsbehörden bei Straftaten nach den §§ 201-204 StGB.

Die Ergebnisse der Länderarbeitsgruppe decken sich in vielen Punkten mit den Forderungen und Prüfbitten des Bundesrates in seiner Stellungnahme vom 19.09.2008 im laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des BDSG (BR-Drs. 548/08-Beschluss). Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung vom 15.10.2008 (Drs. 16/10581) zugesagt, dass sie die Forderungen und Prüfbitten in einem weiteren Gesetzgebungsverfahren einbeziehen wird.

Auch mit Blick auf die bekannt gewordenen Datenschutzprobleme in der Telekommunikationsbranche soll ein Datenschutzauditgesetz vorgelegt werden.

Die Ständige Konferenz der Innenminister und –senatoren der Länder befasst sich am 20./21.11.2008 u.a. mit dem Bericht der offenen Länderarbeitsgruppe.

#### **4. Weiterer Gesetzentwurf zur Änderung des BDSG und zur Regelung des Datenschutzaudits (Referentenentwurf)**

Mit E-Mail vom 23.10.2008 hat das BMI kurzfristig den Entwurf eines Artikelgesetzes zur Änderung des BDSG und zur Regelung des Datenschutzaudits den Ländern zur Stellungnahme übersandt.

Der weitere Entwurf zur Änderung des BDSG (Artikel 1) berücksichtigt die anlässlich des „Datenschutzgipfels“ am 04.09.2008 vereinbarten Eckpunkte für eine Änderung des BDSG und hat diese weitgehend umgesetzt, wie:

- die Einwilligung der Betroffenen zur Datenverarbeitung für Werbezwecke (Streichung des sog. Listenprivilegs),
- Einführung eines begrenzten sog. Kopplungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen,
- Erweiterung und Erhöhung der Bußgeldtatbestände sowie Regelungen, dass bei Rechtsverstößen dem Verantwortlichen kein wirtschaftlicher Vorteil verbleibt,
- Festschreibung von Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten von betrieblichen Datenschutzbeauftragten,
- Informationspflicht bei unrechtmäßiger Kenntniserlangung von Daten.

Darüber hinaus beinhaltet der Gesetzentwurf ein **Datenschutzauditgesetz** (Artikel 2), wonach Anbieter von Datenverarbeitungssystemen und –programmen ihr Datenschutzkonzept und ihre technische Einrichtung auf freiwilliger Basis prüfen und bewerten lassen können. Es handelt sich nicht um ein zweistufiges Verfahren, wie es in Schleswig-Holstein praktiziert wird, sondern um eine Auditierung durch zugelassene private Kontrollstellen. Ein beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit gebildeter Datenschutzauditausschuss (u.a. bestehend aus Vertretern des Bundes, der Länder, der Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich, der Unternehmen und Verbände) soll Richtlinien zur Verbesserung des Datenschutzes und der Datensicherheit erlassen. Ein Datenschutzauditsiegel soll vergeben werden können, wenn die geprüften Datenschutzkonzepte und die technischen Einrichtungen u.a. die Richtlinien des Datenschutzauditausschusses erfüllen. Die privaten Kontrollstellen sollen von den Aufsichtsbehörden der Länder überwacht werden.

Nach Beteiligung des ULD hat das Innenministerium in der Stellungnahme vom 30.10.2008 gegenüber dem Bundesinnenministerium geantwortet, dass der neuerliche Gesetzentwurf im Hinblick auf die Änderungen des Bundesdatenschutzgesetzes (Artikel 1) in weiten Teilen zu begrüßen ist, weil die anlässlich des „Datenschutzgipfels“ am 04.09.2008 vereinbarten Eckpunkte für eine Änderung des BDSG weitgehend umgesetzt

wurden. Der Bericht der Länderarbeitsgruppe enthält aber eine Vielzahl von Vorschlägen, die keine Berücksichtigung in dem vorliegenden Gesetzentwurf gefunden haben. Dazu gehören insbesondere,

- die Stärkung der Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörden, indem auch materiell unzulässige Datenverarbeitungsverfahren untersagt werden können,
- die Stärkung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten durch eine Regelung zum Kündigungsschutz,
- die Einführung einer Kennzeichnungspflicht über die Herkunft der Daten,
- die Schaffung weiterer Bußgeldtatbestände, wie z.B. die fehlende Unterrichtung des Betroffenen bei Datenerhebungen, das Nichterstellen eines Verzeichnisses oder fehlende Vorgaben bei Auftragsdatenverarbeitung.

Der Gesetzentwurf sollte daher hinsichtlich der Ergebnisse der Länderarbeitsgruppe nochmals überarbeitet werden.

Zu dem Bundesdatenschutzauditgesetz (Artikel 2) des Gesetzentwurfes wurde angemerkt, dass die Erwartungen an ein praktikables, transparentes und zuverlässiges Auditierungsverfahren leider nicht erfüllt werden. Ferner sei bedauerlich, dass das in Schleswig-Holstein erfolgreich praktizierte zweistufige Verfahren nicht berücksichtigt wurde.

Die vorgesehene Auditierung durch zugelassene private Kontrollstellen könne zu einer fehlenden Akzeptanz der überprüften Produkte führen, da eine Qualitätssicherung nicht unmittelbar gegeben sei. Diese würde erst durch die vorgesehene Überwachung der Kontrollstellen durch die zuständigen Aufsichtsbehörden erfolgen können. Damit würde aber das Datenschutzaudit als präventives Instrument seine Wirkung verfehlen. Ferner erhielten die Aufsichtsbehörden zusätzliche Überwachungsaufgaben.

Darüber hinaus sollte auch die Einrichtung eines Datenschutzauditausschusses dahingehend überdacht werden, ob nicht eine weniger bürokratische Lösung möglich wäre.

Es bleibt zunächst abzuwarten, inwieweit die Stellungnahmen der Länder in dem neuerlichen Gesetzentwurf (Referentenentwurf) berücksichtigt werden. Das Innenministerium wird sich auch weiterhin für notwendige durchgreifende Änderungen des BDSG zur Verhinderung von Datenmissbrauch einsetzen.

Mit freundlichen Grüßen

Ulrich Lorenz

Anlagen: 1





LAND BRANDENBURG

*Hilfage*

Ministerium des Innern

Ministerium des Innern des Landes Brandenburg | Postfach 601165 | 14411 Potsdam

Bundesministerium des Innern  
Frau Abteilungsleiterin Rogall-Grothe

Henning-von-Tresckow-Straße 9-13  
14467 Potsdam

Bearb.: Herr Breidenbach  
Gesch.Z.: II/3  
Hausruf: (0331) 866 2230  
Fax: (0331) 866 2202  
Internet: [www.mi.brandenburg.de](http://www.mi.brandenburg.de)  
[Rolf.Breidenbach@mi.brandenburg.de](mailto:Rolf.Breidenbach@mi.brandenburg.de)

Bus: 695; Tram: 90, 92, 93, 96, X98  
Zug: RE 1, RB 20, RB 21, RB 22; S-Bahn: S7

nachrichtlich

Innenressorts und -senatsverwaltungen der Länder

Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die  
Informationsfreiheit

per Mail

Potsdam, *20*-Oktober 2008

Ergebnisse der länderoffenen Arbeitsgruppe zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)

- Anlage

Sehr geehrter Frau Rogall-Grothe,

ein Ergebnis des Gesprächs aus Anlass der bekannt gewordenen Vorkommnisse beim geschäftsmäßigen Handel mit personenbezogenen Daten unter anderem mit den für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Stellen aus Bund und Ländern am 04.09.2008 war, dass eine offene Länderarbeitsgruppe unter der Leitung Brandenburgs eingerichtet wird.

Die Arbeitsgruppe sollte sich mit der Frage beschäftigen, ob und wenn ja welche Möglichkeiten von den Ländern für eine Änderung des BDSG gesehen werden. Des Weiteren sollten, unabhängig von einem bestehenden Änderungsbedarf, etwaige Mängel in der Vollzugspraxis Gegenstand der Untersuchung sein.

Die Arbeitsgruppe hat ihre Arbeit zwischenzeitlich beendet. Anliegend übersende ich den Bericht der Arbeitsgruppe, damit dieser - wie bei dem o.g. Gespräch vereinbart - in das laufende Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des BDSG einbezogen werden kann.

Mit freundlichen Grüßen

*i. V. Chop-Sugden*

Chop-Sugden

Die genannte E-Mail-Adresse dient nur für den Empfang einfacher Mitteilungen ohne Signatur und/oder Verschlüsselung.

# Bericht der länderoffenen Arbeitsgruppe zur Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)

## I. Auftrag

Ein Ergebnis des Gesprächs bei BMI Dr. Schäuble aus Anlass der bekannt gewordenen Vorkommnisse beim geschäftsmäßigen Handel mit personenbezogenen Daten u.a. mit den für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Stellen aus Bund und Ländern am 04.09.2008 war, dass eine offene Länderarbeitsgruppe unter der Leitung Brandenburgs eingerichtet wird.

Inhaltlich sollte sich die Arbeitsgruppe mit der Frage beschäftigen, ob und wenn ja welche Möglichkeiten von den Ländern für eine Änderung des BDSG gesehen werden. Des Weiteren sollten, unabhängig von einem bestehenden Änderungsbedarf, etwaige Mängel in der Vollzugspraxis Gegenstand der Untersuchung sein. Dementsprechend wurden folgende Fragen untersucht:

- Welchen Bedarf zur Änderung des BDSG angesichts der aktuellen Fälle von Datenmissbrauch sehen die Länder?
- Welche Vollzugsdefizite sehen die Länder und inwieweit werden diesbezüglich Vorschläge unterbreitet?

## II. Mitglieder

Baden- Württemberg	Hr. Schedler (IM)
Bayern	Hr. Dr. Schreiber (MI), Hr. Dorn (Reg. Mittelfranken)
Berlin	Hr. Dr. Petri (Berliner BfDI)
Brandenburg (Leitung der AG)	Hr. Breidenbach (MI)
Hamburg	Fr. Dr. Ogiermann, Hr. Dr. Kuhl-Dominik (Justizbehörde)
Hessen	Fr. Frerichs-Zunker (MI)
Mecklenburg-Vorpommern	Hr. Gohde (MI)
Niedersachsen	Hr. Hämmer (LfD)
Nordrhein-Westfalen	Hr. Fischer (MI), Hr. Tiaden (LDI)
Rheinland-Pfalz	Fr. Kötterheinrich (LfD)
Sachsen-Anhalt	Hr. Treptow (MI)
Thüringen	Hr. Schwartz (MI)
BfDI	Fr. Dr. Meyer



### **III. Ergebnisse**

Nachfolgend werden die Ergebnisse zusammengefasst. Dabei wird jeweils die Mehrheitsmeinung wiedergegeben.

Im ersten Teil werden zunächst Themen dargestellt, die im Zusammenhang mit den bekannt geworden datenschutzrechtlichen Verstößen stehen und vor deren Hintergrund das Datenschutzgespräch am 04.09.2008 stattgefunden hat. Hierbei wurde besonders auf die Erfahrungen der Aufsichtsbehörden beim Vollzug des BDSG abgestellt.

In einem zweiten Teil werden ausschließlich Vollzugsfragen erörtert.

Im dritten Teil werden über die aktuelle Diskussion hinausgehende Themen grundsätzlicher Art angesprochen.

#### **A. Vorschläge im Zusammenhang mit dem laufenden Gesetzgebungsverfahren im Ergebnis des Datenschutzgesprächs am 04.09.2008**

##### **Änderung des § 28 BDSG - Einschränkung bei der Erhebung, Speicherung, Nutzung und Übermittlung personenbezogener Daten**

In der Praxis der Aufsichtsbehörden zeigt sich, dass § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 BDSG für die Erhebung „überschießender“ Daten genutzt wird. Das heißt, Unternehmen erheben Daten, die für die Abwicklung des Vertragsverhältnisses nicht erforderlich sind, deren Kenntnis von den Unternehmen aber als „nützlich“ angesehen wird. Dies betrifft vor allem das Geburtsdatum, Telefon- und Telefaxnummern sowie E-Mail- und gelegentlich auch Bankverbindungsdaten. Hierin wird von den Mitgliedern der Arbeitsgruppe eine Ursache für die bekannt gewordenen Datenschutzverstöße gesehen.

Die Arbeitsgruppe empfiehlt, in § 28 Abs.1 S. 1 Nr. 1 BDSG den Begriff des „Dienens“ durch den Begriff der „Erforderlichkeit“ zu ersetzen. Hierdurch wird sichergestellt, dass nur die für die Abwicklung des Vertragsverhältnisses tatsächlich notwendigen Daten erhoben und verarbeitet werden.

\\im-fs2\users\home\$\astrid.peers\Eigene Dateien\Änderung BDSG -Scoring-\offene Arbeitsgruppe\Bericht Endfassung(4).doc

## **Änderung des § 28 Abs. 3 und des § 29 BDSG - Streichung des Listenprivilegs für Zwecke der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung und des Adresshandels**

Nach der derzeitigen Rechtslage ist im Rahmen oder im Anschluss an ein Vertragsverhältnis die Nutzung personenbezogener Daten für eigene (Werbe-)Zwecke zulässig, sofern vorher über diesen Zweck unterrichtet wurde und eine effektive Widerspruchsmöglichkeit besteht.

Die Übermittlung personenbezogener Daten für den Adresshandel und Zwecke der Markt- und Meinungsforschung sowie die Nutzung für Werbezwecke Dritter sollte nach Auffassung der Arbeitsgruppe an eine Einwilligung gekoppelt werden. Diese Einwilligung sollte nach mehrheitlicher Auffassung der Arbeitsgruppe auch für bereits in den Unternehmen vorhandene Daten eingeholt werden. Anderenfalls könnte die Regelung leer laufen, da bereits vorhandene Daten weiterhin genutzt werden könnten und sich für die Betroffenen effektiv keine Verbesserung ergeben würde. In diesem Zusammenhang wäre zu prüfen, ob hierfür aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Übergangsfrist vorgesehen werden muss.

Bezüglich der Einwilligung im Zusammenhang mit Werbung weist die Arbeitsgruppe auf Folgendes hin:

- Bei der Einführung der Einwilligung in Werbung ist die notwendige Transparenz zu gewährleisten und dem Schriftformerfordernis klarstellend Rechnung zu tragen.
- Die Einwilligung muss bei Vertragsverhältnissen durch gesonderte schriftliche Erklärung erfolgen. Dies erfordert eine Änderung von § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG.
- Die Geltungsdauer einer Einwilligung sollte zeitlich begrenzt werden, da im Bereich der Werbung die Daten häufig „wandern“ und der Betroffene unter Umständen Mühe hat, eine einmal erteilte Einwilligung gegenüber allen „Nutznießern“ zu widerrufen.

Auch bei Streichung des Listenprivilegs bliebe der Umgang mit solchen personenbezogenen Daten für Zwecke der Werbung zulässig, die aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen und genutzt werden. Das heißt, unerwünschte Werbung von Dritten, die mit dem Betroffenen keine Vertragsbeziehung haben oder hatten, bliebe weiterhin auch ohne Einwilligung der Betroffenen möglich. Soll auch die Verwendung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen zu Zwecken der Werbung ausgeschlossen werden, sieht die Arbeitsgruppe Lösungsmöglichkeiten in einer Verbotsregelung in § 7 UWG. Eine denkbare Lösung wäre zunächst, die Regelung in § 7 Abs. 3 UWG abzuändern, welche die Eigenwer-

\\im-fs2\users\home\$\astrid.peers\Eigene Dateien\Änderung BDSG -Scoring-\offene Arbeitsgruppe\Bericht Endfassung(4).doc

bung per E-Mail unter bestimmten Voraussetzungen gestattet. Insbesondere könnte der Anwendungsbereich des § 7 UWG auf die briefliche Werbung erweitert werden. Alternativ käme die Einrichtung eines zentralen verbindlichen Widerspruchsregisters in Betracht. Ein solches Register sollte, wie derzeit die so genannte Robinsonliste, bei der Wirtschaft geführt werden.

### **Einführung eines gesetzlichen Kopplungsverbots**

Aus Sicht der Arbeitsgruppe ist zum Schutz der Verbraucher die Einführung eines Kopplungsverbots sinnvoll, wonach der Abschluss von Verträgen nicht von der Einwilligung des Verbrauchers in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zu vertragsfremden Zwecken abhängig gemacht werden darf. Jedoch darf dabei nicht hinter die jetzige Regelung zur Freiwilligkeit der Einwilligung zurückgefallen werden. Soweit das Kopplungsverbot von dem Merkmal der „Marktbeherrschung“ abhängig gemacht würde, wird die Gefahr gesehen, dass nicht-marktbeherrschende Unternehmen dies als Ermutigung zur Kopplung verstehen könnten. Dies würde die Position der Betroffenen gegenüber der jetzigen Rechtslage schwächen.

Die Beschränkung des Kopplungsverbots auf marktbeherrschende Unternehmen erscheint nicht praktikabel. So wurde beispielsweise durch ein Gericht die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens in ähnlichem Zusammenhang bei einem Marktanteil von 75 % verneint. Das heißt, ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot würde nur in einer geringen Zahl von Fällen angenommen werden können.

### **Verbesserung der Dokumentations- und Informationspflichten (Herkunft, Verwendung, Empfänger, Zugriffe auf Datenbanken)**

Beim Vollzug des BDSG zeigt sich häufig, dass Datenflüsse nicht rekonstruiert werden können, weil die Angaben über Herkunft und Empfänger personenbezogener Daten nicht gespeichert werden. Betroffene können in diesen Fällen ihr Recht auf Auskunft hierüber nicht wahrnehmen. Vor diesem Hintergrund wird es als notwendig angesehen, eine Verpflichtung zur Dokumentation der Herkunft und Empfänger von Daten zur Wahrnehmung des Auskunftsanspruchs gesetzlich zu regeln, vgl. auch Nr. 10b und, 19 der BR-Drs. 548/08 (Beschluss). Um die Information des Betroffenen über die Verwendung seiner Daten zu verbessern, ist die Arbeitsgruppe der Auffassung, dass § 4 Abs. 3 Satz 1 BDSG wie folgt geändert werden sollte:

\\im-fs2\users\home\$\astrid.peers\Eigene Dateien\Änderung BDSG -Scoring-\offene Arbeitsgruppe\Bericht Endfassung(4).doc

- Streichung des Halbsatzes „sofern er nicht bereits auf andere Weise Kenntnis erlangt hat“;
- in Nummer 3 sollten die „Empfänger“ und nicht nur die „Kategorien von Empfängern“ genannt werden;
- ferner sollte in Nummer 3 der Halbsatz „, soweit der Betroffene nach den Umständen des Einzelfalles nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss,“ gestrichen werden.

Außerdem müssen Verstöße gegen § 4 Abs. 3 BDSG bußgeldbewehrt sein.

Angesichts der bekannt gewordenen Fälle von Datenmissbrauch sieht es die Arbeitsgruppe darüber hinaus als notwendig an, im Gesetz die Pflicht zur Protokollierung von internen Zugriffen auf Datenbanken klarzustellen.

In diesem Zusammenhang wird insgesamt eine technikoffene Neuformulierung von § 9 BDSG und der Anlage entsprechend dem Muster mehrerer Landesdatenschutzgesetze als sinnvoll angesehen.

### **Einführung einer Kennzeichnungspflicht über die Herkunft der Daten**

Soweit technisch realisierbar, wird eine Kennzeichnung personenbezogener Daten hinsichtlich ihrer Herkunft bei gewerbsmäßigen Datenübermittlungen gefordert. Dem dahinter stehenden Anliegen der Verhinderung von rechtswidriger Datennutzung (ohne Einwilligung) könnte auch dadurch begegnet werden, dass für die Verwendung personenbezogener Daten auf der Grundlage einer Einwilligung ein Nachweis über die Erteilung der Einwilligung vorliegen muss.

### **Rechtsänderungen im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung / Datennutzung durch Callcenter**

Einige der bekannt gewordenen Fälle von Datenmissbrauch betreffen die Tätigkeit von Callcentern. Es ist deshalb zu überlegen, welche Regelungen im BDSG getroffen werden können, um hier Verbesserungen zu erreichen.

Callcenter werden in der Regel im Wege der Datenverarbeitung im Auftrag nach § 11 BDSG tätig. Die Erfahrungen der Aufsichtsbehörden zeigen, dass die Vorgaben des § 11 BDSG (in einer deutlich überwiegenderen Zahl der Fälle) nicht eingehalten werden. Es wird daher Folgendes für erforderlich gehalten:

- Es wird um Prüfung gebeten, inwieweit § 11 Abs. 2 Satz 1 BDSG konkretisiert werden kann, um auch Verstöße hiergegen mit einem Bußgeld belegen zu können.
- In § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG sollten die Pflichten des Auftraggebers konkretisiert werden; zusätzlich sollte eine Pflicht zur Löschung der Daten nach Vertragsende ausdrücklich aufgenommen werden.
- In § 11 Abs. 2 Satz 4 BDSG sollten Häufigkeit und Tiefe der Kontrollen (wichtig wären Prüfungen vor Ort) näher geregelt werden.
- Verstöße gegen § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG und § 11 Abs. 2 Satz 4 sollte in den Bußgeldkatalog von § 43 Abs. 1 BDSG aufgenommen werden.

Dies würde den Aufsichtsbehörden die Möglichkeit eröffnen, auf entsprechende Verstöße angemessen reagieren zu können.

Das Innenministerium Baden-Württemberg hält es aufgrund seiner praktischen Erfahrungen darüber hinaus für erforderlich, dass Callcenter bei Telefonwerbung (§ 7 UWG) den Namen ihres Auftraggebers und des Callcenters nennen, um etwaigen Verstößen nachgehen zu können. Das beabsichtigte Verbot der Rufnummernunterdrückung wird von ihm nicht für ausreichend erachtet.

### **Regelungen betreffend den betrieblichen Datenschutzbeauftragten**

In der Aufsichtspraxis ist zu festzustellen, dass die Stellung, aber auch in einer Vielzahl von Fällen die Fachkunde des betrieblichen Datenschutzbeauftragten in den Unternehmen nicht deren Funktion als Instrument der Selbstkontrolle entspricht. Um die Rolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu stärken, sollte ein Kündigungsschutz wie für Betriebsräte sowie ein Rechtsanspruch auf Fortbildung und das für die Aufgabenerfüllung notwendige Zeitbudget geregelt werden. Angesichts der Komplexität des Aufgabenfeldes eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten und der damit verbundenen Anforderungen halten es die Mitglieder der Arbeitsgruppe für wünschenswert, in einer Rechtsverordnung eine Konkretisierung der Sach- und Fachkunde vorzunehmen. Es sollte sichergestellt sein, dass betriebliche Datenschutzbeauftragte Mindestkenntnisse des Datenschutzrechts haben. Die Anforderungen sollten

\\im-fs2\users\home\$\astrid.peers\Eigene Dateien\Änderung BDSG -Scoring-\offene Arbeitsgruppe\Bericht Endfassung(4).doc

gegebenenfalls je nach Tätigkeitsfeld des Datenschutzbeauftragten unterschiedlich ausgestaltet sein. Die Ermächtigungsgrundlage hierfür sollte jetzt geschaffen werden.

In der Praxis zeigt sich weiterhin, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte seine Funktion im Rahmen der Vorabkontrolle nach § 4d Abs. 5 und 6 BDSG oftmals nur ungenügend wahrnimmt bzw. wahrnehmen kann. Um zu gewährleisten, dass eine Vorabkontrolle tatsächlich stattfindet, sollte im Gesetz die Pflicht zur Dokumentation der Vorabkontrolle geregelt werden.

Ein weiteres Mittel, die Stellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu stärken, wird in der Einführung einer Berichtspflicht gegenüber der Unternehmensleitung bei Unternehmen, die unter § 29 BDSG fallen, sowie bei größeren Unternehmen gesehen.

### **Einführung einer Informationspflicht bei Datenschutzpannen**

Die Einführung einer Informationspflicht bei Datenschutzpannen wird begrüßt, soweit die Information präventive Ziele verfolgt, also der Abwehr drohender Schädigungen des Betroffenen dient. Hierbei sind die jeweils betroffenen Personen zu informieren. Wenn wegen der Vielzahl der Fälle die unmittelbare Information des Betroffenen unverhältnismäßig ist, sollte eine Information der Öffentlichkeit möglich sein. Vorgesehen werden sollte eine obligatorische Information der Aufsichtsbehörde.

### **Grundsatz der Datensparsamkeit**

Die Arbeitsgruppe empfiehlt, den in § 3a festgelegten Grundsatz der Datensparsamkeit nicht wie bisher nur für die Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen festzulegen, sondern im allgemeinen Teil des BDSG generell als verbindliche Vorgabe auch für alle Datenverarbeitungen und -nutzungen gesetzlich zu normieren.

## **B. Festgestellte Vollzugsdefizite und mögliche Lösungsansätze**

### **Stärkung der Eingriffsbefugnisse**

Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörden in Bezug auf konkrete Datenverarbeitungen sind in § 38 Abs. 5 BDSG geregelt. Danach kann die Aufsichtsbehörde jedoch lediglich Verfahren untersagen, wenn technische und organisatorische Mängel festgestellt wurden. Materiell unzulässige Verfahren können nicht untersagt werden. Dies wirkt sich auf den Vollzug des BDSG am stärksten nachteilig aus.

Das zentrale Anliegen der Arbeitsgruppe ist daher, für die Aufsichtsbehörden in Anlehnung an § 38 Abs. 5 BDSG die Möglichkeit zu eröffnen, Anordnungen auch in Bezug auf materiell rechtswidrige Datenverarbeitungen treffen zu können. Es wird Bezug genommen auf Art. 28 Abs. 3, 2. Spiegelstrich der EG-Datenschutzrichtlinie.

Nur auf diese Weise ist es der Aufsichtsbehörde möglich, auch präventiv tätig zu werden und den Einsatz einzelner Verarbeitungen zu untersagen, die materiell rechtswidrig sind. Anderenfalls muss die Aufsichtsbehörde erst abwarten, bis Datenschutzverstöße eintreten und diese mittels Bußgeld ahnden.

### **Tätigkeit der Aufsichtsbehörden**

Für den Vollzug des BDSG ist eine angemessene Personalausstattung unabdingbar. Vollzugsdefizite ergeben sich vor allem aus den fehlenden Durchsetzungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden.

### **Zusammenlegung der Aufsichtsbehörden für den öffentlichen und den nicht-öffentlichen Bereich**

Die aktuellen Ereignisse geben keinen Anlass, diese Frage zu erörtern. Im Übrigen ist es Angelegenheit der Länder, die Organisation der Aufsichtsbehörden zu regeln. Insoweit gibt die Arbeitsgruppe keine Empfehlung ab.

## §§ 43, 44 BDSG - Schaffung weiterer Bußgeld- und Straftatbestände, Anhebung der Höchstgrenzen

Beim Vollzug des BDSG stellen die Aufsichtsbehörde fest, dass von vielen Unternehmen Vorschriften nur befolgt werden, wenn deren Nichtbeachtung mit einer Sanktion verbunden ist. Insoweit ist es für die Aufsichtsbehörden äußerst problematisch auf die Einhaltung der Vorschriften des BDSG hinzuwirken, wenn nicht letztlich eine Sanktionsmöglichkeit besteht. Vor diesem Hintergrund und der fehlenden Befugnis der Aufsichtsbehörden, materiell rechtswidrige Datenverarbeitungen zu untersagen, empfiehlt die Arbeitsgruppe die Schließung von im Bußgeldkatalog vorhandenen Lücken:

- Empfohlen wird eine Sanktionierung von § 9 BDSG insgesamt
  - Mindestens ist zu sanktionieren
    - die unbefugte Ermöglichung des Zugangs zu Daten (Akten im Papierkorb, Datenleck im Internet).
    - die Ermöglichung von unbefugten internen Zugriffen auf Daten, wenn dadurch erhebliche Gefährdungen schutzwürdiger Interessen eintreten können (Telekommunikationskandal).
- Es wird weiter empfohlen, in § 43 Abs. 2 Nr.1 BDSG den Begriff des „Nutzens“ aufzunehmen und in § 43 Abs. 2 insgesamt den Halbsatz „die nicht allgemein zugänglich sind“ zu streichen.

Darüber hinaus erachtet die Arbeitsgruppe die Einführung folgender Bußgeldtatbestände als notwendig:

- § 1 Abs. 5 S. 3 BDSG: Fehlende Angaben zu im Inland ansässigem Vertreter
- § 4 Abs. 3 Satz 1 bis 3 BDSG: Unterlassen bzw. unvollständige Unterrichtung des Betroffenen bei der Datenerhebung,
- § 4e: Nichterstellung eines Verfahrensverzeichnis
- § 6b Abs. 2 BDSG: Beobachtung und verantwortliche Stellen nicht erkennbar machen,
- § 10 Abs. 2 Nr. 1-3 BDSG: Fehlende Kontrollierbarkeit von Abrufverfahren,
- § 10 Abs. 4 Satz 3 BDSG: Gewährleistung von Stichprobenverfahren bei Abruf,
- § 11 Abs. 2 Satz 2 und 4 BDSG: keine schriftliche Auftragserteilung, keine ausreichenden Vorgaben für den Datenverarbeiter im Auftrag, keine Kontrollen durch den Auftraggeber,
- § 28 Abs. 4 Satz 1 BDSG: Unzulässige Nutzung von Daten (zu Werbezwecken),



- § 34 BDSG: Nichterteilen einer Auskunft innerhalb einer Monatsfrist (§ 43 Abs. 1 Nr. 8a-8c des aktuellen Gesetzentwurfs zur Änderung des BDSG, vgl. BR-Befassung), um etwaige verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot auszuräumen.
- § 35 Abs. 3 und Abs. 4 BDSG: Unterlassen einer erforderlichen Sperrung von Daten.

Die Bußgeldrahmen sollten in Anlehnung an die Vorschriften des TKG und des TMG angehoben werden (§ 43 Abs. 1 BDSG: 50.000 Euro, § 43 Absatz 2 BDSG zumindest 300.000 Euro).

Darüber hinaus weist die Arbeitsgruppe darauf hin, dass der Straftatbestand des § 44 BDSG aufgrund seiner subjektiven Voraussetzungen nur in sehr seltenen Fällen einschlägig ist. Die Abgrenzung zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten überzeugt insoweit nicht. Es ist nahezu nicht möglich, schwere Datenschutzverstöße als Straftat zu ahnden (vgl. Simitis, BDSG, 6. Auflage, Randnr. 4 zu § 44).

## **C. Weiterer Änderungsbedarf**

### **Einwilligung in die Datenverarbeitung**

Die Erfahrungen bei der Anwendung der §§ 4, 4a BDSG zeigen Novellierungsbedarf auf. Dies betrifft

- die Klarstellung des Verhältnisses zwischen Erlaubnisnorm und Einwilligung,
- die Klarstellung des Schriftformerfordernisses (Form des § 126 BGB); auch im Ausnahmefall muss eine ausdrückliche Einwilligung vorliegen (Ausschluss der mutmaßlichen und der konkludenten Einwilligung),
- die Verbesserung der Transparenz (Hinweise nach § 4a Abs. 1 Satz 2 an zentraler Stelle, Streichung des soweit - Halbsatzes),
- die Ermöglichung der differenzierten Einwilligung in die Datenverwendung, insbesondere soweit es um die Einwilligung in die E-Mail-, Fax- und Telefonwerbung geht,
- Regelungen zum Nachweis der Einwilligung (Einwilligung muss so lange vorliegen, wie von ihr Gebrauch gemacht wird).

## **Übergang vom Antrags- zum Officialdelikt, zumindest in schweren Fällen**

Die Arbeitsgruppe empfiehlt unter Bezugnahme auf die Stellungnahme des Bundesrates (Nummer 14 der BR-Drs. 548/08 Beschluss) § 44 BDSG als relatives Antragsdelikt auszugestalten.

## **Antragsrecht der Aufsichtsbehörde bei Straftaten nach den §§ 201-204 StGB**

Die Arbeitsgruppe empfiehlt, bei Verstößen gegen die o.g Vorschriften ein Antragsrecht der Aufsichtsbehörden vorzusehen. Dies ist schon deshalb sinnvoll, weil die obergerichtliche Rechtsprechung ein Antragsrecht nach § 44 BDSG verneint, wenn Verstöße gegen die §§ 201 bis 204 StGB vorliegen. Überdies betreffen die §§ 201 bis 204 StGB häufig Fälle, die sensible Bereiche des Persönlichkeitsrechts betreffen. Ein Strafantragsrecht der Aufsichtsbehörden in den Fällen der §§ 201 bis 204 StGB würde somit den derzeitigen Wertungswiderspruch zwischen § 44 Abs. 2 Satz 2 BDSG und § 205 StGB beseitigen.

## **Eigenständige Regelung im BDSG für die Zuständigkeiten nach dem OWiG für den Bereich des Bundes**

Auf Bundesebene hat sich als problematisch erwiesen, dass verschiedene Behörden für die Ahndung von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorschriften zuständig sind. Die Schaffung einer eigenständigen Zuständigkeitsregelung für den Bund würde daher begrüßt werden.

## **Außerhalb der unmittelbaren Zuständigkeit wurden folgende Themen erörtert:**

In der Praxis zeigt sich, dass nicht alle Staatsanwaltschaften und Gerichte über umfassende Kenntnisse des Datenschutzrechts verfügen. Um hier Verbesserungen zu erreichen, wurde außerhalb der eigenen Zuständigkeit die Möglichkeiten der Zuweisung von Straftaten nach § 44 BDSG und §§ 201 ff, §§ 303a und 303b StGB an Schwerpunktstaatsanwaltschaften sowie der vorgenannten Straftaten und der Ordnungswidrigkeiten nach § 43 BDSG an Schwerpunktgerichte erörtert. Als zielführend wird ein Erfahrungsaustausch mit den zuständigen Ressorts, Staatsanwaltschaften und Gerichten eingeschätzt.

Des Weiteren wurde diskutiert, inwieweit Verstöße gegen das BDSG gewerberechtliche Konsequenzen haben können.

Angesichts des Missbrauchs von Kontodaten erscheint die Einführung eines Stichprobenverfahrens für die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Lastschriften aufgrund einer Einzugsermächtigung angezeigt.

Erörtert wurde außerdem die Frage, ob dem Datenschutzrecht verbraucherschützender Charakter zukommt. Im Ergebnis wurde auf die entsprechende Beschlussfassung im Bundesrat verwiesen (Nummer 17b der BR-Drs. 548/08 Beschluss).

### **Weiterer gesetzgeberischer Änderungsbedarf**

Soweit ein über die unterbreiteten Vorschläge hinaus gehender grundsätzlicher gesetzgeberischer Änderungsbedarf gesehen wird, soll dieser im Anschluss an die aktuellen Gesetzgebungsverfahren im Rahmen des „Düsseldorfer Kreises“ geprüft und ggf. formuliert werden.