

## Brauchen wir neben der DS-GVO noch ein neues BDSG?

**Jan Philipp Albrecht, Mitglied des Europäischen Parlaments, und RA Tim Wybitul, Mitherausgeber der ZD und Partner bei Hogan Lovells in Frankfurt, im Gespräch mit Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin der ZD.**

**ZD:** Das Bundesministerium des Inneren (BMI) arbeitet seit geraumer Zeit an einem Ausführungsgesetz zur EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Nun sind erste mögliche Eckdaten für das sog. Allgemeine Bundesdatenschutzgesetz (ABDSG) bekannt geworden. Herr Albrecht, Sie waren in dem Gesetzgebungsverfahren der DS-GVO der Berichterstatter im Europäischen Parlament. Was empfehlen Sie dem BMI zu regeln?

**Albrecht:** Die bisher bekannten Pläne und Entwürfe deuten darauf hin, dass das BMI versucht, die Grenzen auszureizen, die die DS-GVO dem nationalen Gesetzgeber lässt. Das kann an einigen Stellen sinnvoll oder notwendig erscheinen, darf allerdings nicht zum Selbstzweck werden. Schließlich ist der größte Fortschritt der DS-GVO ein unmittelbar geltender und weitgehend einheitlicher Rechtsrahmen für den Datenschutz im gemeinsamen EU-Binnenmarkt. Sowohl Verbraucher als auch Unternehmen profitieren hiervon. Ich erwarte gerade vom größten EU-Mitgliedsland, dass es diese Stärke unterstreicht, anstatt sie zu durch ein Klein-Klein nationalstaatlicher Abweichungen zu unterwandern. Vielleicht wäre es daher auch besser, die verbleibenden Bestimmungen des BDSG deutlicher als Anwendungs-Anpassung der DS-GVO in Deutschland zu spezifizieren. Gerade das BMI sollte keinen Zweifel lassen: Auch in Deutschland wird ab 2018 die DS-GVO das zentrale Datenschutzgesetz sein und direkt angewendet und ausgelegt werden müssen.

**ZD:** Herr Wybitul, als einer der Herausgeber der ZD haben Sie bereits eine Reihe von Artikeln zur DS-GVO veröffentlicht und beraten zudem viele Unternehmen bei der Umsetzung der DS-GVO. Was wünschen sich Wirtschaftsunternehmen von einem neuen BDSG?

**Wybitul:** Unternehmen wären natürlich dankbar, wenn sie weniger Verpflichtungen erfüllen müssten. Für rein national operierende Unternehmen kann das aus wirtschaftlicher Sicht sicher ein Vorteil sein. Allerdings stehen solchen Einsparungen für multinational operierende Wirtschaftseinheiten auch erhebliche Aufwände entgegen. Einer der großen Vorteile des neuen Datenschutzrechts ist gerade seine EU-weite Anwendbarkeit. Diese Harmonisierung ist für Unternehmen mit Niederlassungen in mehreren Mitgliedstaaten sehr wichtig und nicht jeder EU-Staat sollte nun versuchen, hier eigene Wege zu gehen.

**ZD:** Wie viel Raum lässt die DS-GVO den nationalen Gesetzgebern überhaupt noch, ergänzende oder erweiterte nationale Regelungen zu schaffen?

**Wybitul:** Die Verordnung bietet nicht sonderlich viel Spielraum für nationale Alleingänge. Zwar enthält sie an mehreren Stellen Öffnungsklauseln. Dies ist das Ergebnis von Kompromissen während des parlamentarischen Verfahrens. Aber der Gesetzgeber macht in Erwägungsgrund 8 klar, dass der Raum für Abweichungen beschränkt ist. Ergänzende oder erweiterte nationale Regelungen sind also zum einen nur dort möglich, wo die Verordnung entsprechende Öffnungsklauseln enthält. Zum anderen sind sie nur zulässig, soweit dies notwendig ist, um eine einheitliche Rechtsanwendung zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren und nationale Rechtsvorschriften verständlicher zu machen.

**Albrecht:** Genau dies ist der Wille aller gesetzgebenden Institutionen gewesen. Die Konsequenz der Rechtsform Verordnung ist i.Ü. sehr klar durch den EuGH ausformuliert worden: Öffnungsklauseln oder Aufgabenzuweisungen durch das einheitliche EU-Recht sind eng auszulegen und als Ausnahme zur Regel der unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der Verordnung zu sehen. Im Gegensatz zur EU-Richtlinie, bei der noch immer die Mitgliedstaaten einen eigenen Einschätzungsspielraum zugestanden bekommen, ist jeder Verweis der Verordnung in das mitgliedstaatliche Recht eine restriktiv zu betrachtende Ausnahme, die an hohe Rechtfertigungsanforderungen geknüpft ist. Hierfür gibt es klare Ausführungen in Artikeln und Erwägungsgründen, auf denen insbesondere das Europäische Parlament bestanden hatte, um eben nicht das Ziel der höheren Kohärenz beim Datenschutz zu gefährden. Die Betrachtung, die DS-GVO sehe großen Handlungsspielraum für die Mitgliedstaaten vor, ist vollkommen unsachgemäß und macht sich an der Zahl der Verweise ins nationale Recht fest. Die etwas höhere Zahl resultiert allerdings aus dem Ansinnen, möglichst wenig Spielraum zu lassen: Statt weniger breiter und genereller Ausnahmen hat die DS-GVO mehrere, sehr begrenzte Verweise zur konkreten Ausgestaltung des einheitlichen Rechts.

**ZD:** Wie ernst ist das sog. „Wiederholungsverbot“ in der DS-GVO zu nehmen? Wie weit müssen die nationalen Regelungen sich vom Verordnungstext sprachlich und inhaltlich abheben, um nicht darunterzufallen?

**Albrecht:** Sehr ernst. Es war ausdrücklicher Bestandteil der Trilog-Verhandlungen. Am Ende wurden die Bestimmungen der DS-GVO mit besonderer Aufmerksamkeit so formuliert, dass kein Missverständnis darüber entstehen kann: Die rechtsverbindlichen Artikel der DS-GVO sind die einzige Rechtsquelle für die Sachverhalte, die mit ihnen abschließend durch den Unionsgesetzgeber geregelt werden. Es gibt beim Datenschutz in der EU nur noch die Spielräume, die diese Artikel ausdrücklich zulassen. Wer diesen Eindruck dadurch verschleiern will, dass er Teile

des einheitlichen Rechts im nationalen Recht unnötig wiederholt oder auch nur alternativ formuliert, der führt nicht nur die eigenen Bürger sowie die Rechtsanwender hinters Licht, sondern handelt auch schlicht rechtswidrig. Die entsprechenden Bestimmungen im nationalen Recht sind nichtig. So eine BlöÙe sollte sich vor allem der deutsche Gesetzgeber nicht geben.

**Wybitul:** Ich sehe dies ähnlich. Der Sinn einer EU-Verordnung ist gerade eine einheitliche Anwendung über die gesamte Union hinweg, und nicht, dass jeder Mitgliedstaat versucht, die Inhalte der DS-GVO nun in einzelne nationale Gesetze hineinzuschreiben. Man sollte hier auch im Hinblick auf die Anwenderfreundlichkeit klar zwischen der DS-GVO und einem Ausführungsgesetz trennen.

**ZD:** Würde ein ABDSG in Deutschland mehr Rechtssicherheit bringen?

**Wybitul:** Nein. Eher im Gegenteil. Die DS-GVO ist durchaus verständlich und nachvollziehbar aufgebaut. Zwar enthält sie eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe und teilweise recht offene Vorgaben. Zudem ist die Sprache streckenweise komplex. Aber hier werden Gerichte und Aufsichtsbehörden vergleichsweise bald für Klarheit sorgen. Insgesamt kann man mit der DS-GVO trotz ihrer nicht unerheblichen Anforderungen in der Praxis durchaus arbeiten. Das würde sich durch das ABDSG ändern, wenn das Gesetz selbst eine sehr technische Sprache verwenden und mit vielen Verweisen arbeiten würde. I. E. müsste der Rechtsanwender dann gleich zwei komplexe Gesetze nebeneinanderlegen und verstehen, um zu wissen, was er machen darf. Man kann nur hoffen, dass das BMI sich nicht hierzu verleiten lässt.

**Albrecht:** Besonders viel Rechtssicherheit für den Rechtsanwender würde das BMI schaffen, wenn es möglichst wenig besondere Bestimmungen für das deutsche Recht formulieren würde und sich im Rat sowie gegenüber Kommission und Parlament für die Ausübung europäischer Gesetzgebungskompetenzen in den Bereichen stark machen würde, die auf Grund mangelnder Kompromissfähigkeit zwischen den Mitgliedstaaten nicht vollständig i.R.d. DS-GVO vereinheitlicht werden konnten. Gerade für Verbraucher im digitalen Binnenmarkt der EU ist dies ein großer Nachteil, den sie mangels zeitnaher Klärung ausbaden müssen.

**ZD:** Welche Regelungen im ABDSG wären aus Ihrer Sicht zweckmäßig und hilfreich?

**Albrecht:** Es ist absolut wichtig, die Zuständigkeitsabgrenzungen und die Ausstattung der Aufsichtsbehörden innerhalb der Bundesrepublik zu klären. Hier erhoffe ich mir allerdings, dass die Bedürfnisse der Länder und ihrer Behörden stärker einbezogen werden. Vor allem die Frage der angemessenen Ausstattung ist eine, die dem Bundesgesetzgeber durch die DS-GVO ausdrücklich auferlegt wird und von enormer Bedeutung ist.

**Wybitul:** Die Beibehaltung der deutschen niedrigen Voraussetzungen für eine Bestellpflicht für Datenschutzbeauftragte halte ich für zweckmäßig. Das Modell des betrieblichen Datenschutzbeauftragten hat sich in Deutschland bewährt. Ebenfalls hielte ich es für positiv, wenn die bisherigen hohen Standards der deutschen Rechtsprechung beim Beschäftigtendatenschutz auch nach Inkrafttreten der DS-GVO fortgelten würden. Allerdings halte ich diese Vorgabe eher für eine Klarstellung. Der neue EU-weite Datenschutz bleibt nach meiner Einschätzung nicht hinter den bisherigen Anforderungen des BAG zurück.

**ZD:** Was passiert mit § 32 BDSG? Was wäre eine sinnvolle Neuausgestaltung?

**Wybitul:** Das BMI könnte den bisherigen § 32 BDSG weitgehend unverändert in ein entsprechendes Ausführungsgesetz übernehmen. Das wäre grundsätzlich eine zweckmäßige Klarstellung. Denn die Vorschrift zielt darauf ab, die bisherigen Vorgaben der Rechtsprechung zum Datenschutz am Arbeitsplatz zusammenzufassen. Und man kann den deutschen Arbeitsgerichten sicherlich nicht vorwerfen, dass sie Arbeitnehmern ein unzureichendes Schutzniveau zubilligen würden. Die Gerichte kommen hier auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Regel zu praxisgerechten Ergebnissen. Natürlich wäre auch ein umfassendes Beschäftigtendatenschutzgesetz zweckmäßig, das anhand einzelner Datenverarbeitungen konkretere Regelungen zur Ausgestaltung der DS-GVO im Beschäftigungsverhältnis vorgibt. Das dürfte aber innerhalb des zur Verfügung stehenden knappen Zeitrahmens kaum realistisch möglich sein.

**Albrecht:** Ich halte den bisherigen § 32 BDSG i.R.e. Übergangsregelung für einen gangbaren Kompromiss, sehe es aber nicht als eine dauerhafte Lösung, vor allem in einem immer weiter zusammenwachsenden europäischen Arbeitsmarkt. Ich bin davon überzeugt, dass es ein Fehler wäre, sich wieder in eine national begrenzte und aufgeheizte Debatte um ein neues Beschäftigtendatenschutzgesetz zu begeben. Stattdessen sollte die Bundesregierung als größtes EU-Land gemeinsam mit seinen ebenso starken Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretungen eine europaweite Debatte über ein angemessenes Niveau beim Beschäftigtendatenschutz anstoßen und die EU-Kommission zur Vorlage eines neuen EU-Rechtsakts in diesem Bereich auffordern. Schließlich hatte diese bereits in den Jahren 2001-2003 an einem Entwurf hierfür gearbeitet und war am Unwillen der Mitgliedstaaten gescheitert. Gemeinsam mit dem Europäischen Parlament wäre ein Neuanfang gut zu machen: Dieses hatte in seiner ersten Lesung eine weitgehende Vollharmonisierung dieses Bereichs vorgeschlagen, für deren öffentliche Diskussion vor allem im Trilog allerdings zu wenig Zeit war.

**ZD:** Wie schätzen Sie den ambitionierten Zeitplan bis Frühjahr 2017 ein, ein neues BDSG auf den Weg zu bringen, das in dieser Legislaturperiode noch verabschiedet wird?

**Albrecht:** Diesen engen Zeitraum hat sich das BMI leider selbst eingebrockt. Durch sein teilweise recht wenig konstruktives Auftreten während der Verhandlungen im Rat, der auch deswegen erst im Frühjahr 2015 ein Mandat für die Verhandlungen mit dem Europäischen Parlament erhalten hatte, wurde das Inkrafttreten der DS-GVO unnötig – auch in Richtung der Bundestagswahl – herausgezögert. Trotz knapp 4.000 Änderungsanträgen hatte das Europäische Parlament seine Position bereits im Herbst 2013 mit breiter Mehrheit festgelegt. Wer den Willen dazu hat, wird aber auch in kurzer Zeit ein gutes Gesetz auf den Weg bringen können. Dazu sollte die Bundesregierung aber den Anspruch ablegen, weiterhin nationale Alleingänge formulieren zu wollen, und sich ausschließlich auf die wirklich durch die DS-GVO erforderlichen Anpassungen im nationalen Recht konzentrieren.

**Wybitul:** Grundsätzlich wäre es für Unternehmen bei der Planung der notwendigen Prozesse, Strukturen und Veränderungen zur Umsetzung der DS-GVO sehr wichtig, bald Klarheit über die künftige Gesetzeslage in Deutschland zu haben. Hoffentlich ist dem Gesetzgeber bewusst, welcher erheblichen organisatorischen und administrativen Aufwand derartige Umsetzungsprojekte für Unternehmen mit sich bringen. Dennoch bin ich skeptisch, ob wir bis Frühjahr 2017 ein neues ABDSG sehen werden. Letztlich wäre für die Wirtschaft gar keine nationale Regelung oder nur ein Rumpfgesetz gegebenenfalls besser als ein möglicher Schnellschuss des Gesetzgebers, der später zu Rechtsunsicherheit und Unklarheit führt.