

Warum *SIE* sich mit Datenschutz beschäftigen sollten



Datenschutz ist seit geraumer Zeit in aller Munde. Selbst Lokalredaktionen haben sich mit der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) beschäftigt. Das ist aber nicht der Grund, warum auch gerade Sie sich mit dem Datenschutz beschäftigen sollten.

Vielmehr gelten die datenschutzrechtlichen Regelungen – welche das sind, stelle ich weiter unten dar – für alle Unternehmen und das völlig unabhängig von der Unternehmensgröße. Egal ob Sie EinzelunternehmerIn oder FreiberuflerIn sind, ein Kleinst- oder Kleinunternehmen mit wenigen Angestellten leiten oder ob Sie ein mittelständisches Unternehmen leiten bzw. in diesem für den Datenschutz zuständig sind: Die Umsetzung des Datenschutzes in Ihrem Unternehmen ist Pflicht. Und das nicht erst seit dem Gültigwerden der DSGVO am 25. Mai 2018.

In Deutschland gibt es bereits seit Ende 1977 ein Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Dieses wurde in seinem inzwischen über vierzigjährigen Bestehen mehrfach geändert. Die Änderungen dienten u.a. der Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995 aber auch dazu, das BDSG an die geänderten technischen Möglichkeiten anzupassen. Die letzte große Änderung erfolgte 2018, um das alte BDSG durch ein neues BDSG abzulösen, das in Deutschland seit dem 25. Mai 2018 die DSGVO ergänzt. Jüngst gab es wieder einige kleinere Änderungen im BDSG. Diese sind in diesem Buch bereits berücksichtigt.

Wenn es den Datenschutz schon so lange gibt, werden Sie sich vielleicht fragen, wieso es dann die ganze Aufregung um die DSGVO gab und immer noch gibt. Je nach Alter des Unternehmens hatten die Unternehmen doch schon über 40 Jahre Zeit den Datenschutz im Unternehmen umzusetzen. Hier spielen zwei Punkte eine wesentliche Rolle:

- Die möglichen Bußgelder wurden drastisch erhöht.
- Die Dokumentationspflichten wurden ausgeweitet.

Zwei weitere wichtige Änderungen sind:

- Ausweitung der Betroffenenrechte mit Einführung einer verbindlichen Reaktionszeit von einem Monat.
- Einführung weiterer Bußgeldtatbestände.

Falls Ihnen die nachfolgenden Unterkapitel (noch) zu trocken erscheinen, können Sie gerne gleich zum zweiten Kapitel wechseln. Ich empfehle Ihnen allerdings, diese Unterkapitel dann noch zu einem späteren Zeitpunkt zu lesen, da sich dadurch die eine oder andere Frage, die sonst aufkommen könnte, von selbst beantwortet.

Welche Unternehmen eine oder einen Datenschutzbeauftragten benötigen, ist in Art. 37 DSGVO und ergänzend in § 38 BDSG dargestellt. Hieraus ergibt sich die Checkliste der nachfolgenden Tabelle.

Tabelle 2: Checkliste – Benennung einer/eines Datenschutzbeauftragten

Bedingung	Ja
a) Die Kerntätigkeit Ihres Unternehmens besteht in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich macht (Beispiel: Sie bieten als Ihre Hauptdienstleistung ein Flottenmanagement an, bei dem der Auftraggeber nahezu live sehen kann, wo sich welches seiner Fahrzeuge befindet).	<input type="checkbox"/>
b) Die Kerntätigkeit Ihres Unternehmens besteht in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten gemäß Artikel 9 (hierzu gehören z.B. die Gesundheitsdaten) oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäß Artikel 10 (Beispiel für Gesundheitsdaten: Sie sind ein Apothekenrechenzentrum).	<input type="checkbox"/>
c) In der Regel beschäftigt Ihr Unternehmen mindestens 20 (bisher zehn) Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten.	<input type="checkbox"/>
d) Ihr Unternehmen nimmt Verarbeitungen vor, die einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO unterliegen (siehe unten) – Die Anzahl der mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigten Personen ist hier irrelevant, es gilt auch für Einzelunternehmen!	<input type="checkbox"/>
e) Ihr Unternehmen verarbeitet personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung (hierunter fallen u.a. der Adresshandel, aber auch Firmen, die statistische Auswertungen erstellen und anbieten, sowie beispielsweise klinische Medikamentenforschung). Die Anzahl der mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigten Personen ist hier irrelevant, es gilt auch für Einzelunternehmen!	<input type="checkbox"/>

Auswertung: Sobald Sie auch nur **ein** Kreuz gesetzt haben, sind Sie nach Art. 37 DSGVO evtl. in Verbindung mit § 38 BDSG verpflichtet eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten zu benennen.

Hinweise zur Tabelle:

Zu a) und b) Hier wird auf die „**Kerntätigkeit**“ abgestellt, in einer Arztpraxis beispielsweise sollte die medizinische Behandlung und nicht die Verarbeitung der Gesundheitsdaten die Kerntätigkeit sein.

Zu c) „**In der Regel**“ bedeutet, dass zeitweise, z.B. wegen einer Kündigung unbesetzte Stellen weiterhin mitzuzählen sind, umgekehrt sind kurzfristig befristete Aushilfen nicht mitzuzählen, wenn diese kurzfristig befristete Anstellung von Aushilfen nicht die Regel ist. Damit eine Person als „**ständig**“ mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt anzusehen ist, ist es ausreichend, dass dies die überwiegende Zeit der Tätigkeit erfolgt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits eine reine Nutzung von Daten (wie beispielsweise das Lesen von E-Mails, das Durchsehen von Tabellen, in denen personenbezogene Daten enthalten sind) eine Verarbeitung darstellt.

Wenn Sie nicht verpflichtet sind eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten zu benennen und auch nicht auf freiwilliger Basis eine Datenschutzbeauftragte oder einen Datenschutzbeauftragten benennen möchten, können Sie jetzt zum Kapitel 4 springen.

3.1. Benennung Ihrer/Ihres Datenschutzbeauftragten

Wenn Sie anhand der obigen Checkliste festgestellt haben, dass Ihr Unternehmen eine oder einen Datenschutzbeauftragte/n benennen muss oder auf freiwilliger Basis benennen will, stellt sich als erstes die Frage nach einer geeigneten Person. Die DSGVO verlangt in Art. 37 Abs. 5:

„Der Datenschutzbeauftragte wird auf der Grundlage seiner beruflichen Qualifikation und insbesondere des Fachwissens benannt, das er auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis besitzt, sowie auf der Grundlage seiner Fähigkeit zur Erfüllung der in Artikel 39 genannten Aufgaben.“

Zu den Aufgaben der oder des Datenschutzbeauftragten kommen wir noch. Es wird also von der Person, die zur oder zum Datenschutzbeauftragten benannt werden

Marketing und Direktwerbung sind sicher auch in Ihrem Unternehmen wichtig. Mit Direktwerbung ist hier Werbung gemeint, bei der Sie bzw. Ihr Unternehmen die betroffenen Personen direkt ansprechen und/oder die Werbung direkt an diese Personen adressiert ist. Gerade auch beim Direktmarketing bzw. der Direktwerbung, die sich an konkret benannte Personen richtet, sind datenschutzrechtliche Regelungen zu beachten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Begriff der werblichen Ansprache juristisch sehr weit gefasst ist. So ist beispielsweise auch eine Information über einen Tag der offenen Tür, bei dem nichts verkauft wird, als Werbung anzusehen. Alles, was im weitesten Sinn dem Umsatz Ihres Unternehmens dient, gilt als Werbung.

Bei der Direktwerbung sind allgemein zwei Phasen zu unterscheiden:

1. Auswahl der Personen, die angeschrieben bzw. angesprochen werden sollen und
2. Ansprache der ausgewählten Personen per Post, Telefon, E-Mail, FAX oder anderen elektronischen Medien.

Für die erste Phase wird im Allgemeinen die Interessenabwägung aus Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO als Erlaubnis herangezogen. Dies wird durch den hierzu passenden Erwägungsgrund 47 Satz 7 der DSGVO unterstützt:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“

Aber Vorsicht: Zum einen steht hier **„kann (...)** betrachtet werden“. Ob diese Verarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung in Ihrem Unternehmen tatsächlich als einem berechtigten Interesse dienend angesehen wird, muss in Ihrem Unternehmen entschieden werden. Diese Entscheidung ist – wie auch das berechtigte Interesse (z.B. Kundenbindung oder Kundengewinnung) – zu dokumentieren. Und zum anderen fordert die Interessenabwägung auch, dass in Ihrem Unternehmen geprüft wird, ob „nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen“. Bei bestimmten Branchen, beispielsweise im Gesundheitsbereich, können die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen überwiegen.

Insoweit diese Interessenabwägung zugunsten der berechtigten Interessen Ihres Unternehmens ausfällt, dürfen Sie also beispielsweise Ihre Kundendaten verarbeiten, um die Kunden auszuwählen, die für eine konkrete Direktwerbemaßnahme in Frage kommen. Ebenso wird eine solche Interessenabwägung als Rechtsgrundlage für den Ankauf oder die Anmietung von Adressen ausgewählter Zielgruppen bei Adresshändlern oder Adressbrokern verwendet.

Bei der Frage nach dem Anspruchsweg, also bei der Frage, auf welchem Weg darf ich die ausgewählten Personen nun konkret ansprechen, ist eine für Ihr Unternehmen positiv ausgefallene Interessenabwägung nicht immer ausreichend. Denn hier gelten noch andere datenschutzrechtliche Vorschriften, insbesondere § 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Auch wenn Ihnen dies jetzt seltsam vorkommt: Der § 7 UWG ist nicht nur eine wettbewerbsrechtliche, sondern auch eine datenschutzrechtliche Vorschrift⁴, die im Bereich der elektronischen Direktwerbung (Telefon, FAX, E-Mail, MMS; SMS) zu berücksichtigen ist.

Tabelle 3: Anspruchsweg im Direktmarketing (Vereinfachte Darstellung)

Anspruchsweg	Zulässigkeitsvoraussetzung
Postalisch	Nach Interessenabwägung zulässig bis zum Widerspruch (vgl. Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f) DSGVO in Verbindung mit Art. 21 Abs. 2 ff) DSGVO und EWG 47 Satz 7 DSGVO
Telefonisch	Bei Verbrauchern : Ausdrückliche Einwilligung (§ 7 UWG) bis zum Widerruf der Einwilligung; bei sonstigen Marktteilnehmern : mutmaßliche Einwilligung (bis zum Widerspruch)
FAX, automatische Anrufmaschinen	Ausdrückliche Einwilligung bis zum Widerruf der Einwilligung
E-Mail, MMS, SMS u.ä.	Ausdrückliche Einwilligung (§ 7 UWG) bis zum Widerruf der Einwilligung oder „Vereinfachte Erlaubnis“ nach § 7 Abs. 3 bis zum Widerspruch

⁴ § 7 UWG dient der Umsetzung von Art. 13 der derzeit noch geltenden EU-ePrivacy-Richtlinie. Diese ePrivacy-Richtlinie wird durch die DSGVO nicht aufgehoben, so dass auch die Regelungen des § 7 UWG weiterhin zu beachten sind. Auf EU-Ebene wird daran gearbeitet, die ePrivacy-Richtlinie durch eine dann ebenfalls direkt geltende ePrivacy-Verordnung zu ersetzen. Im derzeitigen Entwurfsstand enthält die ePrivacy-Verordnung vergleichbare Regelungen zur elektronischen Direktwerbung wie die ePrivacy-Richtlinie und § 7 UWG.