



MANAGEMENT - KNOW HOW

Zum 01.09.2009 sind bereits wichtige Teile des neuen Datenschutzgesetzes in Kraft getreten. Die Unsicherheit ist groß und die sich ergebenden Fragen umfassend.

Was bringt das neue Datenschutzgesetz?

2. erweiterte Auflage

von
RA Dr. jur. Robert Selk, LL.M.
Dipl. Betriebswirt Michael Toedt

Oktober 2009 © Toedt, Dr. Selk & Coll. GmbH
Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung von TS&C unzulässig und strafbar.



MANAGEMENT – KNOW HOW

Oktober 2009

WAS BRINGT DAS NEUE DATENSCHUTZGESETZ?

2. erweiterte Auflage

RA Dr. jur. Robert Selk, LL.M.
Dipl. Betriebswirt Michael Toedt

Die Datenschutzskandale im letzten Jahr, von der Deutschen Telekom, über Lidl, bis zur Deutschen Bahn und Best Western haben dazu beigetragen, dass quasi in der aller letzten Sitzung des damaligen Bundestages das bestehende Datenschutzgesetz (BDSG) umfassend novelliert wurde. Hierbei wurde über eine Reihe von Änderungen entschieden, die in Folge auch den Bundesrat erfolgreich passierten. Ein wesentlicher Teil der Änderungen trat bereits zum 01.09.2009 in Kraft, weitere – ebenfalls erhebliche Änderungen – stehen zum 01.04.2010 an.

Insgesamt wurden drei Einzelreformen zusammengefasst und verabschiedet. Deren Bedeutung für die Hotellerie wird nachfolgend kurz aufgezeigt.

Vorab lässt sich anmerken, dass die Neufassung **keineswegs eine Erleichterung im Paragraphendschungel darstellt**. Ganz im Gegenteil, das ohnehin schon fast undurchschaubare Dickicht an Gesetzen und Regelungen zum Thema Datenschutz ist weiter aufgebläht worden und selbst für Fachleute stellen sich beim Studium der neuen Gesetzestexte viele Fragen. Die Änderungen -

Viele Fragen
bleiben unbe-
antwortet und
bieten Platz für
Spekulationen.

so scheint es oft, die zudem zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Kraft treten, wurden verabschiedet, ohne dass ein schlüssiges Gesamtkonzept vorlag.

Dieser Umstand, sowie die zum Teil selbst für Juristen äußerst mühsam zu lesenden Einzeländerungen, machen **das reformierte BDSG äußerst kompliziert**.

Die Änderungen betreffen – da aus drei unterschiedlichen Richtungen kommend – diverse Bereiche des Datenschutzes:

Ein Teil beschäftigt sich mit dem sogenannten Scoring, also solchen Verfahren, mit denen in bestimmten Fällen Kunden anhand bestimmter Merkmale (Beruf, Alter, Adresse,



etc.) automatisch bewertet werden. Die meisten Regelungen dieses Teils kommen ab dem 01.04.2010 zu Anwendung. Das wichtige Werbescoring ist hiervon allerdings nicht betroffen.

Der zweite Teil der Änderungen, der im Juni 2010 in Kraft tritt, betrifft vor allem Banken, da es um die Bewertung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern und die Auskunftspflichten bei einer Ablehnung eines Kredits geht.

Der für die Hotellerie wichtigste und dritte Teil der Neufassung des **Datenschutzgesetzes trat bereits zum 01.09.2009 in Kraft.**

Basierend auf den Skandalen des letzten Jahres behandelt dieser Teil ganz unterschiedliche Aspekte:

So wird eine, wenn auch eher programmatisch anzusehende Regelung betreffend des Arbeitnehmer-Datenschutzes in das BDSG aufgenommen. Auch wenn nach Willen des Gesetzgebers alles beim Alten bleiben sollte, sind mehr Fragen offen als geklärt, insbesondere das Verhältnis zu den alten Erlaubnisregelungen. Relativ konkrete Vorgaben gibt es dagegen in diesem Bereich nunmehr, wenn es um die Aufklärung von Straftaten geht. Auch hier wird aber diskutiert, ob der Gesetzgeber nicht weit über das Ziel hinausgeschossen ist.

Der Datenschutzbeauftragte

Wichtig sind ferner verschiedene Bestimmungen, die **die Position des**

internen Datenschutzbeauftragten

stärken. Zum Hintergrund: Jedes Unternehmen, das mehr als 9 Mitarbeiter beschäftigt, die automatisiert personenbezogene Daten verarbeiten, muss zwingend einen Datenschutzbeauftragten bestellen, was ein eigener Mitarbeiter sein kann (interner DSB) oder aber ein externer Dienstleister (externer DSB). Der **interne**

Der interne DSB besitzt einen Kündigungsschutz, ähnlich wie der eines Betriebsrats!

Datenschutzbeauftragte genießt

zukünftig einen Kündigungsschutz, ähnlich wie ein Betriebsrat. Dies wird sicherlich dazu führen, dass Unternehmen verstärkt auf externe Datenschutzbeauftragte setzen, da bei diesen kein solcher Kündigungsschutz besteht.

Neue Regeln für die Auftragsdatenverarbeitung

Neu gefasst wurde auch die sog.

Auftragsdatenverarbeitung:

Diese stellt ein bewährtes Mittel dar, personenbezogene Daten von Mitarbeitern oder Kunden durch externe Dienstleister (z. B. Werbeagentur oder Lohnbuchhaltung) verarbeiten zu lassen. Datenschutzrechtlich ist die Einschaltung solcher Dienstleister privilegiert, wenn dies in einer ganz bestimmten Form vertraglich vereinbart wird. Der Gesetzgeber hat die Kriterien, die ein solcher Vertrag erfüllen muss, erstmals deutlich in das BDSG geschrieben. Es handelt sich um **10 Punkte,**



die zwingend eingehalten werden müssen.

Die Frage ob bestehende Verträge angepasst werden müssen, hat der Gesetzgeber offen gelassen!

Ob bestehende Verträge angepasst werden müssen, ist unklar. Ein sonst üblicher Passus für die Übergangszeit wurde offensichtlich in der Eile bei der

Gesetzesverabschiedung vergessen. Insofern besteht dringender Bedarf, dies zu prüfen.

Neu sind auch den Auftraggeber treffende Prüfpflichten vor Beginn einer Auftragsdatenverarbeitung. Hinzukam, dass Verstöße in diesem Bereich in erheblicher Höhe bußgeldbewehrt sein können. Gerade im Bereich der Auftragsdatenverarbeitung besteht derzeit also ganz erheblicher Prüfbedarf von Bestandsverträgen, aber auch hinsichtlich der Gestaltung neuer Verträge.

Änderungen im Marketing

Auch für den Bereich des Marketings und der Werbung gab es einschneidende Änderungen:

Mit der Novellierung des BDSG hat sich ein klarer Wandel vollzogen: Weg von etwaigen gesetzlichen Erlaubnissen und Hin zur Einwilligung.. Hieraus leitet sich die Vorgabe ab, dass die Datenverarbeitung und Datennutzung für die Werbung in der Regel nur noch mit vorheriger Einwilligung des Betroffenen rechtlich unbedenklich ist.

So wurde zwar das Listenprivileg beibehalten, aber entscheidend verschärft.

Das Listenprivileg ist eine Ausnahmeregelung im deutschen Datenschutzrecht, die es erlaubt, bestimmte personenbezogene Daten zu Werbezwecken zu nutzen. Hierunter fällt auch die Weitergabe von Adressen für Werbezwecke an andere Unternehmen, ob nun einmalig oder als Mietsache. Die Regelungen zum neuen Listenprivileg sind nicht nur deutlich enger als früher, sie werfen zudem eine Vielzahl von Fragen auf.

Eine wichtige Ausnahme über das Listenprivileg betrifft etwa die Werbung für eigene Produkte. Hierdurch bleibt die gezielte Ansprache per Post für Bestandskunden und Interessenten auch ohne Einwilligung weiterhin möglich (unterstellt, es werden die engen Voraussetzungen des Gesetzes

Es wurde ein klarer Wandel vollzogen hin zur Einwilligung

eingehalten). Auch für sog. berufliche Werbung sowie Fremdwerbung gibt es Ausnahmen, wiederum aber nur unter engen Ausnahmeveraussetzungen.

Die Anforderungen an die Einwilligungserklärung wurden ebenfalls verschärft. Einwilligungen müssen weiterhin grundsätzlich in Schriftform – also mit eigenhändiger Unterschrift des Betroffenen - erfolgen, oder aber elektronisch. Voraussetzung für eine elektronische Einwilligung ist, dass diese protokolliert wird, vom Betroffenen abrufbar ist und von diesem widerrufen werden kann. Der Inhalt nur



mündlich erteilter Einwilligungen – etwa im Rahmen eines Telefonats - muss ab

Mündliche Einwilligungen müssen schriftlich bestätigt werden.

01.09.2009 schriftlich bestätigt werden: Nach derzeitiger Meinung heißt dies, dass das Unternehmen nach einem Telefonat dem

Betroffenen per Post (!) eine von diesem telefonisch erteilte Einwilligung nochmals bestätigen muss. Damit müssen in vielen Unternehmen die entsprechenden Prozesse geändert werden.

Einwilligungen, die beispielsweise in AGB's eingearbeitet sind, müssen drucktechnisch ganz besonders hervorgehoben sein.

Nunmehr explizit aufgenommen in den Datenschutz wurde auch das sogenannte „Koppelungsverbot“: Ein Unternehmen darf den Abschluss eines Vertrages nicht von einer Einwilligung abhängig machen, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne Einwilligung nicht möglich ist. Das Gesetz bestimmt insofern ausdrücklich, dass eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung unwirksam ist!

Die rechtlichen Anforderungen im Bereich Marketing wurden durch die Novelle somit in vielen Punkten deutlich erhöht.

Obwohl nicht Bestandteil der Novelle, ist in diesem Zusammenhang das Payback-Urteil

aus dem Jahr 2008 zu nennen. Hieraus ergibt sich für die **Werbung mittels Email und SMS** die zwingende aktive und gesonderte Einwilligung des Betroffenen. Offen ist dabei, ob dies durch extra Unterschrift, ein spezielles Ankreuzkästchen o.Ä., erfolgen muss.

Vorgehen bei Verstößen

Erwähnenswert ist das Vorgehen bei Verstößen, das – da gänzlich neu – **die „Selbstanpranger-Pflicht“** bei Datenschutzverstößen vorsieht. Es gibt nunmehr für ein Unternehmen eine „Informationspflicht bei unrechtmäßiger Kenntniserlangung von Daten“. Diese greift bei Vorliegen der gesetzlich bestimmten Voraussetzungen sowohl gegenüber den Betroffenen als auch gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde.

Die Informationspflicht kann (und soll nach dem Willen des Gesetzgebers) in Einzelfällen soweit gehen, dass das Unternehmen, das einen Datenschutzverstoß begangen hat, hierüber in einer **mindestens**

Über Anzeigen in Tageszeitungen muss über die Verstöße informiert werden!

halbseitigen Anzeige in zwei bundesweit erscheinenden Tageszeitungen informieren muss, abhängig insbesondere von der Anzahl der Betroffenen und dem Aufwand, diese anderweitig informieren zu können. Betrachtet man allein die Kosten für solche Anzeigen, ergeben sich schon erhebliche Beträge, ganz



zu schweigen von dem Imageschaden, der damit verbunden ist.

Ziel des Gesetzgebers war es durch die Novellierung auch, den **Druck für die Umsetzung der Datenschutzgesetze zu erhöhen**. So wurden die Bußgelder entsprechend angehoben. Die Bußgeldgrenze wurde im Ergebnis nach oben offen gelassen,

Bußgelder sind in ihrer Höhe nicht mehr gedeckelt!

auch wenn der Regelrahmen bis maximal € 300.000 gehen soll (bislang gab es eine Deckelung auf € 250.000). Diese Summen gelten allerdings pro Verstoß. So kam für Lidl eine Millionensumme zustande, für die Deutsche Bahn ca. € 1,1 Millionen.

Fazit

Es lässt sich feststellen, dass die Rechtslage **durch die Reform nicht leichter, sondern schwieriger geworden ist**. Bei diversen Regelungen stellt sich die Frage, warum es diese überhaupt gibt. So finden sich identische oder vergleichbare Regelungen schon anderswo im Gesetz.

Betrachtet man den neuen § 28 BDSG, der u.a. die gesetzlichen Erlaubnisse für die Verwendung personenbezogener Daten für die Werbung regelt, ist es selbst für Juristen schwer, die dortigen Formulierungen auf Anhieb zu verstehen. All dies hilft aber nicht: Die Regelungen müssen zum Teil ab sofort umgesetzt werden, anderenfalls können Bußgelder in ganz empfindlicher Höhe drohen. Hotels sollten das Thema „Datenschutz“ also proaktiv angehen und sich um etwaige offene Punkte möglichst schnell kümmern.



Autoren:

Dr. Jur. Robert Selk ist Gesellschafter von TS&C und Partner der Kanzlei Dr. Schmid, Dr. Selk & Hoffmann in München. Seine Promotion fertigte er im Bereich des Internet- und Datenschutzrechts an. Es folgte ein Master-Aufbaustudium im europäischen und internationalen Wirtschaftsrecht (Master of Law, LL.M.). Dr. Selk ist u.a. Mitglied der Arbeitsgruppe IT-Recht des deutschen Anwaltvereins, der deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI), der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) sowie des Deutschen Datenschutzvereins (DVD). Dr. Selk ist außerdem Fachanwalt für IT-Recht, seine Tätigkeit betrifft schwerpunktmäßig das Computer-, Internet- und Datenschutzrecht sowie den gewerblichen Rechtsschutz/ Urheberrecht. Dr. Selk ist in verschiedenen Unternehmen als externer Datenschutzbeauftragter, als Gastdozent der Universität Augsburg im Bereich E-Commerce sowie als Dozent der Akademie für Unternehmensführung der Handwerkskammer Oberbayern tätig.

Kontakt: Robert.Selk@TS-and-C.com

Dipl.-Betriebswirt Michael Toedt ist geschäftsführender Gesellschafter der Toedt, Dr. Selk & Coll. GmbH in München. Die Firma hat sich auf die Bereiche Marketing-Technologie, Beratung und Datenschutz für Tourismusunternehmen spezialisiert. Herr Toedt war vor seiner jetzigen Tätigkeit Regional Vice President der SANSORA INTERNATIONAL und begleitete diverse Hotelgesellschaften bei der Erstellung zentraler Kunden- und Marketingdatenbanken. Aufgewachsen im elterlichen Hotelbetrieb, absolvierte er nach Beendigung einer kaufmännischen Ausbildung eine Lehre zum Koch und arbeitete unter anderem im Sterne-Restaurant des Hotel Königshof in München. 1995 begann er ein BWL-Studium an der Fachhochschule München und besuchte während dieser Zeit auch die Cornell University, NY. Nach einer zweijährigen Beratertätigkeit begann der diplomierte Betriebswirt bei der Augsburger lebensart global networks AG. Neben seiner Tätigkeit bei Toedt, Dr. Selk & Coll. ist Michael Toedt Lehrbeauftragter an der Hochschule München zum Thema „CRM in der Hotellerie“.

Kontakt: Michael.Toedt@TS-and-C.com

Unternehmensprofil:

Die Toedt, Dr. Selk & Coll. GmbH ist eine auf die Hotel- und Tourismusbranche spezialisierte Unternehmensberatung mit dem Schwerpunkt Kundenbindung (CRM) und Datenschutz.

Unser Ziel ist es, die vorhandenen Gastdaten gewinnbringend für ein messbares Customer Relationship Management (CRM) zu nutzen. Die Umsetzung basiert auf der Spezial-Software dailypoint, in Kombination mit einer umfassenden Beratung und einer kontinuierlichen Betreuung.

TS&C wurde im Januar 2005 in München gegründet und ist mittlerweile in acht Ländern tätig. Der Preferred Partner des Hotelverbands Deutschland (IHA) zählt die führenden Unternehmen der Branche zu seinen Kunden, wie InterContinental, Hilton, Lindner, Maritim Hotels oder Einzelbetriebe wie das Park Hotel Bremen oder das Sporthotel Alpenrose in Österreich.