

Orientierungshilfe der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich (Düsseldorfer Kreis) vom 26. und 27. Februar 2013

Orientierungshilfe für den Umgang mit Verhaltensregeln nach § 38a BDSG

Verhaltensregeln dienen dem präventiven Datenschutz und der **regulierten Selbstregulierung** der Wirtschaft. Sie sollen gute Datenschutzpraxis vorgeben und für alle Beteiligten gegenüber den gesetzlichen Regelungen unter Berücksichtigung der praktischen Gegebenheiten bestimmter Wirtschaftsbereiche und bestimmter Formen personenbezogener Datenverarbeitung mehr Rechtssicherheit vermitteln. Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es eines einheitlichen Verständnisses darüber, was durch derartige Verhaltensregeln erreicht und welches Verfahren dafür beschritten werden kann und soll.

A. Rechtliche Vorgaben

Für den Umgang mit datenschutzrechtlichen Verhaltensregeln (auch CoC - Code of Conduct genannt) gibt es § 38a BDSG, der die Regelung in Art. 27 der Europäischen Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) in nationales Recht umsetzt.

Art. 27 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. Nr. L 281 vom 23/11/1995 S. 0031 - 0050) hat folgenden Wortlaut:

Verhaltensregeln

- (1) Die Mitgliedstaaten und die Kommission fördern die Ausarbeitung von Verhaltensregeln, die nach Maßgabe der Besonderheiten der einzelnen Bereiche zur ordnungsgemäßen Durchführung der einzelstaatlichen Vorschriften beitragen sollen, die die Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassen.
- (2) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Berufsverbände und andere Vereinigungen, die andere Kategorien von für die Verarbeitung Verantwortlichen vertreten, ihre Entwürfe für einzelstaatliche Verhaltensregeln oder ihre Vorschläge zur Änderung oder Verlängerung bestehender einzelstaatlicher Verhaltensregeln der zuständigen einzelstaatlichen Stelle unterbreiten können.

Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass sich diese Stellen insbesondere davon überzeugen, dass die ihr unterbreiteten Entwürfe mit den zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften in Einklang stehen. Die Stelle holt die Stellungnahmen der betroffenen Personen oder ihrer Vertreter ein, falls ihr dies angebracht erscheint.

- (3) Die Entwürfe für gemeinschaftliche Verhaltensregeln sowie Änderungen oder Verlängerungen bestehender gemeinschaftlicher Verhaltensregeln können der in Artikel 29 genannten Gruppe unterbreitet werden. Die Gruppe nimmt insbesondere dazu Stellung, ob die ihr unterbreiteten Entwürfe mit den zur Umsetzung dieser Richtlinie erlas-

senen einzelstaatlichen Vorschriften in Einklang stehen. Sie holt die Stellungnahmen der betroffenen Personen oder ihrer Vertreter ein, falls ihr dies angebracht erscheint. Die Kommission kann dafür Sorge tragen, dass die Verhaltensregeln, zu denen die Gruppe eine positive Stellungnahme abgegeben hat, in geeigneter Weise veröffentlicht werden.

§ 38a BDSG hat folgenden Wortlaut:

Verhaltensregeln zur Förderung der Durchführung datenschutzrechtlicher Regelungen

- (1) Berufsverbände und andere Vereinigungen, die bestimmte Gruppen von verantwortlichen Stellen vertreten, können Entwürfe für Verhaltensregeln zur Förderung der Durchführung von datenschutzrechtlichen Regelungen der zuständigen Aufsichtsbehörde unterbreiten.
- (2) Die Aufsichtsbehörde überprüft die Vereinbarkeit der ihr unterbreiteten Entwürfe mit dem geltenden Datenschutzrecht.

Verhaltensregeln können **gesetzliche Regeln** nicht ersetzen oder verdrängen, sollen aber diese konkretisieren (Durchführung) und im Hinblick auf den Datenschutz verbessern (Förderung). Kommt es trotz positiver Überprüfung einer Aufsichtsbehörde (Anerkennung) zu einem Widerspruch zwischen gesetzlicher Regelung und Verhaltensregel, geht das Gesetz vor.

B. Bisherige Praxis

Die Regelung des § 38a BDSG stammt aus dem Jahr 2001. Seitdem wurden den Aufsichtsbehörden einige wenige Vorschläge von Verhaltensregeln vorgelegt. Ohne dass dies empirisch nachweisbar ist, mag ein Grund dafür, dass es nur so wenige waren, auch darin liegen, dass die Datenschutzaufsichtsbehörden das Wort „Förderung“ im Gesetzestext so verstehen, dass durch die Verhaltensregeln ein datenschutzrechtlicher Mehrwert im Sinne einer Steigerung des Datenschutzniveaus erreicht werden sollte. Diese Anforderung und eine unklare Situation über die Schaffung von Rechtsverbindlichkeit mag dazu geführt haben, dass das mit viel Arbeit verbundene Aufstellen von datenschutzrechtlichen Verhaltensregeln für die Wirtschaft nicht wirklich attraktiv war. Bisher wurde deshalb lediglich in einem Fall (Verhaltensregeln für den Umgang mit personenbezogenen Daten durch die deutsche Versicherungswirtschaft) auf entsprechenden Antrag die Vereinbarkeit mit dem geltenden Datenschutzrecht festgestellt.

Um die Voraussetzungen dafür zu schaffen, die Wirtschaft zu motivieren, sich datenschutzrechtliche Verhaltensregeln zu geben, die im Interesse aller zu mehr Rechtssicherheit führen können, haben die Aufsichtsbehörden diese Orientierungshilfe erstellt.

C. Vollzugsverständnis der Datenschutzaufsichtsbehörden

1. Wer kann der Aufsichtsbehörde Verhaltensregeln unterbreiten?

Unterbreitungsberechtigt sind nach dem Gesetzeswortlaut „Berufsverbände und andere Vereinigungen, die bestimmte Gruppen von verantwortlichen Stellen vertreten“. Hierzu gehö-

ren neben klassischen Berufsverbänden auch die öffentlich-rechtlich organisierten berufsständischen Kammern. Ein Berufsverband muss nicht sämtliche Unternehmen einer Sparte vertreten. Erfasst sein können auch Vereinigungen von Auftragnehmern. Nicht ausgeschlossen sind auch Konzerne als Unternehmensvereinigungen. Einzelne Unternehmen können keine Verhaltensregeln unterbreiten. In der Vereinigung müssen Stellen vertreten sein, die für personenbezogene Datenverarbeitung verantwortlich sind; hierzu gehören nicht solche, die Betroffene, Arbeitnehmer oder Verbraucher vertreten.

2. Was kann in Verhaltensregeln geregelt werden?

Verhaltensregeln können „zur Förderung der Durchführung von datenschutzrechtlichen Regelungen“ erstellt werden. Aus der Formulierung „Durchführung“ sowohl in der Richtlinie als auch im Bundesdatenschutzgesetz ergibt sich, dass es sich bei Verhaltensregeln um keine Gesetzesergänzende oder gar Gesetzesändernde Regelungen handeln kann, sondern lediglich um Vollzugsregelungen. Daraus folgt, dass ein über das gesetzliche Niveau hinausgehender Datenschutzstandard nicht zwingend gefordert werden kann, und dass Verhaltensregeln, die das gesetzliche Niveau absenken wollen, nicht als vereinbar mit dem Datenschutzrecht festgestellt werden können.

Konkret folgt daraus, dass durch Verhaltensregeln insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessenskriterien, Musterklauseln, verfahrensrechtliche Vorkehrungen, Vorgaben für die Bearbeitung von Betroffenenrechten oder technisch organisatorische Maßnahmen festgelegt werden können.

3. Wer entscheidet über die Durchführung eines Prüfverfahrens?

Die Berufsverbände und anderen Vereinigungen entscheiden über die Durchführung eines Prüfverfahrens, indem sie den Entwurf von Verhaltensregeln der Aufsichtsbehörde vorlegen. Dadurch wird ein Verwaltungsverfahren eingeleitet, das die Berufsverbände und anderen Vereinigungen jederzeit durch Rücknahme des Antrags auf Überprüfung beenden können. Solange ein gestellter Antrag nicht zurückgenommen ist, ist die Aufsichtsbehörde zur Durchführung des Verfahrens und zum Erlass einer abschließenden Entscheidung verpflichtet. Diese Entscheidung kann bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ggfls. im Wege einer Verpflichtungsklage erreicht werden.

4. An welche Aufsichtsbehörde kann sich ein Antragsteller wenden?

Soweit von dem Antragsteller Verhaltensregeln mit bundesweiter Anerkennung gewünscht werden, wird das Verfahren durch die Aufsichtsbehörde des Landes betrieben, in dem der Berufsverband oder die Vereinigung den Hauptsitz hat. Die Aufsichtsbehörden stimmen sich untereinander ab, um die bundesweite Bindungswirkung zu gewährleisten.

5. Was prüft die Aufsichtsbehörde?

Voraussetzung für die Anerkennung ist, dass die Verhaltensregeln „den Datenschutz fördern“. Nicht anerkennungsfähig sind Regeln, die die gesetzlichen Vorgaben nur abbilden oder hinter diesen zurückbleiben. Die Regeln sollten einen datenschutzrechtlichen und branchenbezogenen Mehrwert enthalten, da ein entsprechender Kodex anderenfalls auf die bloße Wiederholung oder sinngemäße Wiedergabe des Gesetzestextes gerichtet wäre. Dieser Mehrwert kann in einer bereichsspezifischen Präzisierung, ergänzenden konkretisierenden

Regelungen und Anforderungen, fördernden Verfahren oder Standardisierungen und technischen Festlegungen liegen.

Gegebenenfalls mag man zur Auslegung des Begriffs „Förderung“ auch auf das Verständnis der Art. 29-Datenschutzgruppe zur Auslegung von länderübergreifenden Verhaltensregeln (Art. 27 Abs. 3 RL 95/46/EG) zurückgreifen, in denen ausgeführt wird², dass die unterbreiteten Verhaltensregeln ausreichende Qualität und Kohärenz aufweisen und genügenden zusätzlichen Nutzen für die Richtlinien und andere geltende Datenschutzrechtsvorschriften liefern, insbesondere, ob der Entwurf der Verhaltensregeln ausreichend auf die spezifischen Fragen und Probleme des Datenschutzes in der Organisation oder dem Sektor ausgerichtet ist, für die er gelten soll, und für diese Fragen und Probleme ausreichend klare Lösungen bietet.

Ein konkretes Beispiel zur Bestimmung des branchenbezogenen Mehrwerts findet sich in einer Stellungnahme der Art. 29-Datenschutzgruppe zum europäischen Verhaltenskodex von FEDMA zur Verwendung personenbezogener Daten im Direktmarketing³.

Zur Erhöhung der Qualität und der Akzeptanz der Verhaltensregeln kann es sinnvoll sein, die Entwürfe mit möglicherweise betroffenen Interessenvertretungen, z. B. Verbraucherschutzorganisationen, zu erörtern.

6. Wie kann das Ergebnis der Prüfung der Aufsichtsbehörde aussehen?

Ziel der Überprüfung nach § 38a Abs. 2 BDSG ist die Feststellung der Rechtskonformität der Verhaltensregeln und deren Geeignetheit „zur Förderung von datenschutzrechtlichen Regelungen“. Die Feststellung hat Regelungscharakter, ist ein feststellender, begünstigender Verwaltungsakt und kann als Anerkennung bezeichnet werden. Die Regelung liegt in der mit der Anerkennung verbundenen Verbindlichkeitserklärung, mit der eine Selbstbindung der Aufsichtsbehörde verbunden ist.

Der Regelungsbereich muss nicht, kann aber einen gesamten Wirtschaftsbereich umfassen. Regelungsfähig sind auch spezifische Rechtsfragen oder spezifische personenbezogene Anwendungen, Verfahren oder auch nur Verfahrensteile.

7. Wie können Berufsverbände und andere Vereinigungen dagegen vorgehen, wenn die zuständige Aufsichtsbehörde zu einer Unvereinbarkeit der Verhaltensregeln mit dem geltenden Datenschutzgesetz kommt?

Aus der Tatsache, dass eine Anerkennung im o. g. Sinn als feststellender begünstigender Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, folgt, dass auch die Entscheidung der Aufsichtsbehörde, dass vorgelegte Verhaltensregeln mit dem geltenden Datenschutzrecht nicht vereinbar sind, einen feststellenden Verwaltungsakt darstellen, gegen den der Antrag stellende Berufsverband oder die andere Vereinigung Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht suchen kann.

8. Für welchen Bereich und wie lange gelten die Verhaltensregeln?

² WP 13 vom 10.09.1998, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1998/wp12_de.pdf#h2-15

³ Art. 29 Gruppe, WP 77; http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2003/wp77_de.pdf#h2-15

Der Geltungsbereich von Verhaltensregeln kann sich nur auf den nicht-öffentlichen Bereich (§§ 27 ff. BDSG) beschränken. Hinsichtlich des Adressatenkreises ist der Berufsverband oder die Vereinigung frei in der Normierung. Möglich ist – wenn das nach den eigenen Regelungen vorgesehen ist – sowohl eine automatische Verbindlichkeit für sämtliche Mitglieder oder Angehörigen wie auch eine Verbindlichkeit erst nach Beitritt eines Unternehmens.

Im Interesse größtmöglicher Transparenz und Verbindlichkeit sollte der zuständige Berufsverband oder die entsprechende Vereinigung angehalten werden, ihre Verhaltensregeln und die Feststellungsentscheidung der Aufsichtsbehörde zu veröffentlichen. Besondere rechtliche Vorgaben oder Verpflichtungen zur Veröffentlichung bestehen jedoch nicht.

Die Verbindlichkeit von anerkannten Verhaltensregeln gilt grundsätzlich auf unbestimmte Zeit, solange die Regeln nicht geändert werden. Sinnvoll ist es, Verhaltensregeln nach einer gewissen Periode zu evaluieren. An der Evaluierung können sich Aufsichtsbehörden beteiligen. Werden Verhaltensregeln geändert, was die Berufsverbände und anderen Vereinigungen jederzeit machen können, bedarf es für eine erneute Rechtsverbindlichkeit einer erneuten Antragstellung bei der Aufsichtsbehörde und des Erlasses eines entsprechenden Feststellungsbescheides.