HANS-BREDOW-INSTITUT
für Medienforschung an der Universität Hamburg

Per Christiansen / Jan-Hinrik Schmidt

Dialog als Instrument der Datenschutzregulierung

797.1030-001

Eine wissenschaftliche Innovationswerkstatt im Austausch mit Datenschutzbehörden un der Internetwirtschaft

Mai 2014

Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 29

Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 29

Christiansen, Per; Schmidt, Jan-Hinrik (2014): Dialog als Instrument der Datenschutzregulierung. Eine wissenschaftliche Innovationswerkstatt im Austausch mit Datenschutzbehörden und der Internetwirtschaft - Ergebnisse. Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut, Mai 2014.

ISSN 1435-9413

ISBN 978-3-87296-125-9

Die Hefte der Schriftenreihe „Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts" finden sich zum Download auf der Website des Instituts unter der Adresse http:/hbi.to/957.

Ein Ausdruck des Heftes ist gegen eine Schutzgebühr direkt beim Verlag erhältlich. Schutzgebühr: 15,00 EUR

Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg

Medienvermittelte öffentliche Kommunikation - das ist das Forschungsgebiet des Hans-Bredow-Instituts für Medienforschung. Die Medien prägen heute mehr denn je den Alltag, die Politik, die Wirtschaft und die Kultur. Kernziel der Forschung des Instituts ist es, diese Einflüsse der Medien zu verstehen, Entwicklungen und Risiken abzuschätzen und Handlungsoptionen zu entwickeln. Die Wissenschaftler sehen ihre Verantwortung darin, sich neuen Fragestellungen nach wissenschaftlichen Kriterien zu nähern, ihre Grundannahmen und Methoden transparent zu machen und ihre unabhängige Position zu wahren. Die Erforschung der aktuellen Medienentwicklung erfolgt interdisziplinär: Die für das Institut grundlegenden kommunikations- und rechtswissenschaftlichen Perspektiven werden mit weiteren Ansätzen, etwa aus Ökonomie und Pädagogik, kombiniert. Mit Partnern in vielen Ländern werden international vergleichende Fragestellungen bearbeitet. Das Institut pflegt vielfältige Kontakte und sucht den steten Austausch mit den verschiedenen Akteuren. Dazu gehört auch der Transfer von Forschungsergebnissen in die Praxis, Politik und Öffentlichkeit hinein. Bereits 1999 hat der Wissenschaftsrat das hohe Niveau der Forschung des Instituts hervorgehoben und es zu den renommiertesten Fachinstituten Deutschlands gezählt, 2007 hat der Rat erneut die besondere Stellung des Instituts betont. Weitere Informationen unter www.hans-bredow-institut.de.

Die Autoren

Dr. Per Christiansen ist Senior Visiting Research Fellow am Hans-Bredow-Institut, Dr. Jan-Hinrik Schmidt arbeitet als wissenschaftlicher Referent für digitale interaktive Medien und politische Kommunikation am Institut.

Projekt „Innovationswerkstatt Datenschutz"

Gegenstand dieses Projekts ist der regulatorische Dialog zwischen Datenschutzaufsicht und Unternehmen verschiedener Internet-Branchen. Im Rahmen einer im August und September 2013 durchgeführten Befragung des Hans-Bredow-Instituts in Kooperation mit der Senatskanzlei der Freien und Hansestadt Hamburg wurden Vertreter der Aufsicht und Vertreter von Unternehmen sowie Datenschutzberater um gegenseitiges, anonymisiertes Feedback gebeten sowie um ihre Erfahrungswerte zu der Frage, wie man diesen Dialog möglichst effizient und lösungsorientiert gestalten kann. Weitere Informationen unter http://hbi.to/5182.

Verlag Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg
Rothenbaumchaussee 36, 20148 Hamburg
Tel.: (+49 40) 450 217-12
E-Mail: info@hans-bredow-institut.de

Inhalt

Executive Summary ... 5

1. Einleitung ... 7

1.1 Datenschutzaufsicht und Datenschutzregulierung ... 7
1.2. Das Format „Innovationswerkstatt" ... 8
1.3 Online-Befragung über Erfahrungswerte ... 10

2. Gründe und Rechtfertigungen für einen Dialog ... 12

2.1 Ausgleich von Wissensgefällen ... 12
2.1.1. Asymmetrische Information in der Datenschutzregulierung ... 13
2.1.2. Anreize zur Beseitigung des Wissensgefälles ... 14
2.2 Grundbedingung für effektive Compliance-Strategien ... 15
2.3 Dialog als notwendige Begleiterscheinung zu den Defiziten von Rechtsnormen ... 20

3. Erscheinungsformen des Dialogs ... 21

3.1. Kommunikationssituationen ... 21
3.2 Dialog in der gesetzlichen Aufgabenzuweisung für die Datenschutzaufsicht ... 22
3.3 Die Praxis der Aufsichtsbehörden ... 24
3.4 Allgemeine Kontextfaktoren ... 27
3.4.1 „Setting" und Gesprächssteuerung ... 27
3.4.2 Anerkennung der Ziele und Prioritäten des Gegenübers ... 27
3.4.3 Haltung der Gesprächsteilnehmer ... 28
3.4.4 „Gleichbehandlung" im Wettbewerb ... 28
3.4.5 Vertrauen ... 29

4. Kommunikationssituation #1: Dialog zur Orientierung und Vorfeldklärung ... 30

4.1 Status quo und Optimierungsbedarf ... 30
4.1 Ansätze zur Gestaltung ... 31
4.1.1 Grundbedingungen ... 31
4.1.2 Fachkonferenzen ... 32
4.1.3 Moderierter gegenseitiger Austausch ... 32
4.1.4 Gezielte Ansprache von weiteren Personengruppen ... 33

5. Kommunikationssituation #2: Individuelle datenschutzrechtliche Beratung durch die Aufsichtsbehörden ... 38

5.1 Status quo und Optimierungsbedarf ... 38
5.1.1 Nutzen einer Beratung durch die Aufsicht ... 38
5.1.2 Negative Anreize ... 40
5.2 Ansätze zur Gestaltung ... 42
5.2.1 Gesetzlicher Rahmen ... 43
5.2.2 Strukturelle Entkopplung von Aufsicht und Beratung ... 44
5.2.3 Anonyme Anfragen und "Key Account" für Berater ... 45
5.2.4 Verfahrensregeln zur Optimierung der Koordination ... 46

6. Kommunikationssituation #3: Klärung von Streitfragen in förmlichen Verfahren ... 47

6.1 Status quo und Optimierungsbedarf 47
6.1.1 Fehlende Klagekultur im Datenschutzrecht und Konfliktlösung im Verhandlungswege 47
6.1.2 Die Folgen der Pressearbeit für die Klärung von Streitfragen 51
6.2 Ansätze zur Gestaltung 52
6.2.1 Pressearbeit während laufender Verfahren 53
6.2.2 Alternative Streitbeilegung („Alternative Dispute Resolution - ADR") 54
7. Die Kehrseite des Dialogs: Unbewusste Perspektivenübernahme 58
8. Fazit 59
Literatur 60

Executive Summary

1. Die Praxis der Datenschutzbehörden wandelt sich von der klassischen Aufsichtstätigkeit einer Überwachung und Kontrolle von Datenverarbeitungsvorgängen im Interesse der Betroffenen hin zu einer regulierenden Steuerung von datenverarbeitenden Marktteilnehmern. Je weiter diese Entwicklung führt, desto mehr gewinnt der Dialog als Regulierungsinstrument an Bedeutung. Die „Innovationswerkstatt Datenschutz" des Hans-Bredow-Instituts in Kooperation mit der Senatskanzlei der Freien und Hansestadt Hamburg hat sich der Frage angenommen, wie der Dialog als Regulierungsinstrument in einem sich abzeichnenden Wandel der Regulierungskultur im Datenschutz weiterentwickelt und optimiert werden könnte.

2. Dialog zwischen Aufsicht und Unternehmen dient dem Ausgleich von assymmetrischer Information. Dialog ist ein unverzichtbarer Baustein für eine reflektierte Strategie zur Rechtsdurchsetzung („Compliance"). Über den Dialog gleichen die Beteiligten die inhärenten Defizite einer abstrakt-generalisierenden Steuerung durch Normen aus. Dialog ist damit eine Grundbedingung für effektive (Datenschutz-)Regulierung.

3. Überblicksartig zusammengefasst lässt sich für eine Weiterentwicklung des Dialogs daran ansetzen,

   - die aktive Kommunikation in den Aufgaben der Datenschutzbehörden aufzuwerten,
   - rechtliche und/oder operative Rahmenbedingungen für verschiedene Dialogsituationen zu schaffen, um informale und zuweilen unberechenbare Gesprächssituationen durch „Gesprächsarenen" mit klar definierten Regeln zu ersetzen,
   - etwaige Sorgen vor nachteiligen Folgen eines gegenseitigen Austauschs abzubauen,
   - auf eine Klärung von datenschutzrechtlichen Fragen möglichst in einem frühen Entwicklungsstadium oder gar im Vorfeld hinzuwirken.
   - gegenüber dem kaum genutzten Klageweg alternative Klärungspfade für datenschutzrechtliche Zweifelsfragen zu schaffen, mit denen sich das Datenschutzrecht durch Präzisierung von Normaussagen weiterentwickeln kann.

4. Im Einzelnen ist nach verschiedenen Kommunikationssituationen zu unterscheiden:

   - der (informale) Dialog zur Orientierung und Vorfeldklärung,
   - die individuelle Beratung durch die Aufsicht, und

- die Klärung von Streitfragen in förmlichen Verfahren.

Für die ersten beiden Konstellationen gibt es mit Ausnahme einer Erwähnung in § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG keinen rechtlichen Rahmen.

5. Der Dialog zur Orientierung und Vorfeldklärung ist für Unternehmen und Aufsicht von erheblicher praktischer Bedeutung. Für Unternehmen hat es angesichts der Vagheit und des hohen Abstraktionsgrades des Datenschutzrechts eine hohe Relevanz, das Verständnis der Aufsicht vom geltenden Recht zu kennen. Zur Optimierung können zum einen mehr Gelegenheiten für einen „abstrakten" Austausch geschaffen werden. Zum anderen kann die Aufsicht bestimmte Personengruppen gezielt und aktiv ansprechen und datenschutzrechtlich beraten. Personengruppen wie z. B. Programmierer, Produktentwickler, Gründer oder Personen, die über Datenherausgabeansprüche entscheiden, sind nur selten in datenschutzrechtliche Diskussionen eingebunden. In ihren Funktionen belegen sie hingegen datenschutzrelevante Schaltstellen.

6. Die individuelle Beratung durch die Aufsicht lässt sich effektiver gestalten, wenn die Beratungsfunktion der Aufsicht gesetzlich näher ausgestaltet wird, insbesondere für datenschutzrechtliche Einzelfragen nach Vorbild des Bauvorbescheids. Notwendig ist dabei eine gewisse strukturelle Entkoppelung von Aufsicht und Beratung. Weitere mögliche Maßnahmen sind die Schaffung eines „Key Accounts" für Berater und Anwälte zur Abstimmung von Fragen ohne Nennung der Identität des Mandanten, sowie der Ausbau der Koordination unter den Landesdatenschutzbehörden.

7. Die Klärung von Streitfragen in förmlichen Verfahren leidet zum einen an einer mangelnden Klagekultur, dem die Beteiligten mit „informalen Verhandlungen" begegnen, zum anderen an den Auswirkungen der (zum Teil gebotenen) Medienarbeit der Beteiligten. Geklagt wird selten, weil sich dies „später rächen könnte". Ansetzen ließe sich mit einer berechenbarer gestalteten Medienarbeit sowie bei der Entwicklung alternativer Streitbeilegungsmechanismen. Für das Datenschutzrecht könnte insbesondere das Instrument der Mediation getestet werden. Mit alternativen Klärungspfaden ließe sich die fehlende Präzisierung datenschutzrechtlicher Normen durch die Rechtsprechung zu einem gewissen Grade kompensieren. Die durch die Pressearbeit erzeugten Probleme sind Folgeprobleme des Umstandes, dass kein zufrieden stellender „heavy stick in the background" in Form von rechtlichen Sanktionen für die Aufsicht zur Verfügung steht, und die Aufsicht notgedrungen teilweise auf Pressearbeit als Sanktion ausweicht.

1. Einleitung

Unternehmen der Internet-Branchen stehen aus vielfältigen Anlässen mit den Datenschutzbehörden im Dialog über datenschutzrechtliche Fragen, etwa im Rahmen von Anhörungen, Verwaltungsverfahren, bei Beratungsgesprächen, in informalen Situationen wie am Rande von Veranstaltungen oder im Zusammenhang mit politischer Kommunikation. Die Auseinandersetzungen zwischen Unternehmen wie Google, Facebook oder Apple und der Datenschutzaufsicht sind nicht selten Gegenstand medialer Berichterstattung.

In der diesem Ergebnisbericht zugrundeliegenden „Innovationswerkstatt" haben die Mitwirkenden sich gefragt, wie sich der Dialog zwischen den Beteiligten optimieren ließe. Die Annahme dabei ist, es sei dem Datenschutz förderlich, die Rahmenbedingungen für eine Verständigung von Aufsicht und Unternehmen in allen Phasen einer Aufsichtsbeziehung zu verbessern. Eine Verständigung über datenschutzrechtliche Fragen mag an unüberbrückbaren Interessengegensätzen oder bei nicht datenschutzkonform realisierbaren Geschäftsmodellen scheitern. Sie sollte jedoch nicht an sachfremden Faktoren, operativen Fehlern in der Gesprächsführung oder gar strukturellen negativen Anreizen gegenüber einer Verständigung scheitern. Mit einer Betrachtung dieser außerhalb des materiellen Datenschutzrechts liegenden „weichen" Faktoren hat dieses Projekt unmittelbaren Praxisbezug.

Im Kontext des Verwaltungsrechts und der Regulierungstheorie lässt sich die Fragestellung der Innovationswerkstatt demgegenüber wie folgt formulieren: Wie wird der *Dialog als Regulierungsinstrument im Datenschutz* eingesetzt und wie ließe er sich möglicherweise optimieren?

1.1 Datenschutzaufsicht und Datenschutzregulierung

Der Dialog zwischen Aufsicht und Unternehmen verdient nur in einem ganz bestimmten Verständnis der Aufgaben der Datenschutzaufsicht Beachtung. Sieht man mit einem klassischen, der Formulierung der §§ 38 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), 23 Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG) zugrundliegenden Verständnis die Aufgabe der Datenschutzaufsicht allein darin, gegen rechtswidrige Datenverarbeitungsvorgänge vorzugehen, zu überwachen und zu kontrollieren, erschöpft sich die Bedeutung des Dialogs (theoretisch) allein in der Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen von Verwaltungsverfahren.

Mittlerweile ist der Datenschutz jedoch um mehrere Ansatzpunkte erweitert. Es hat sich gezeigt: Betroffene lassen sich nicht nur dadurch schützen, dass man rechtswidrige Datenverarbeitungsvorgänge beanstandet, sondern viel weitgehender, wenn man Marktteilnehmer laufend zu datenschützendem Verhalten anreizt und Datenschutzverletzungen möglichst präventiv begegnet. Dies ist die Perspektive der

„Regulierung", die nicht allein nach normativen Tatbeständen und Sanktionen fragt, sondern sämtliche rechtlichen ökonomischen und sozialen Faktoren in Betracht zieht, mit denen Marktteilnehmer zu einem gesetzlich gewünschten Verhalten gesteuert werden können. Sichtbar wird diese Entwicklung etwa an dem Einsatz von über „klassische" Eingriffsinstrumente hinausgehenden direkten und indirekten Instrumenten, etwa der an nachfragende Verbraucher gerichteten Medienarbeit von Aufsichtsbehörden[1] oder den Versuchen, über Datenschutz-Siegel[2] positive Wettbewerbsanreize zu setzen. Auch das BDSG enthält bereits Ansätze zur Datenschutzregulierung, etwa im Systemdatenschutz oder wenn Unternehmen zur Einrichtung innerbetrieblicher Compliance-Systeme verpflichtet werden (§§ 4f, 9 BDSG, sog. „Meta-Regulierung"[3]). Aufsichtsbehörden und Unternehmen agieren auch nicht nur in 1:1-Verhältnissen, sondern koordinieren sich in Verbänden, Institutionen und informalen Strukturen mit Dritten, für die die Regulierungswissenschaft den Begriff der „Beeinflussungsnetze"[4] geprägt hat. In diesem Verständnis ist die Arbeit der Datenschutzaufsicht nicht rein juristischer Natur, sondern – wenn man so will – eine „Kunst", mit komplexen rechtlichen, sozialen und ökonomischen Faktoren umzugehen. Der Dialog ist dabei als ein zentrales – und jedenfalls in anderen Regelungsbereichen (unter bestimmten Grundbedingungen) auch nachweisbar wirksames – Steuerunginstrument erkannt.[5]

1.2. Das Format „Innovationswerkstatt"

Der selbst gesetzten Fragestellung wurde mit einer „Innovationswerkstatt" begegnet. In diesem Format werden Themen in dialektischem Wechsel von Workshops entweder mit Vertretern der Wissenschaft oder Vertretern der Praxis bearbeitet und durch die Projektverantwortlichen vor- und nachbereitet. Ziel des Formats ist es, für bestimmte Fragestellungen mit wissenschaftlichen Methoden Handlungsoptionen zu identifizieren und diese anschließend im Austausch mit der Praxis zu bewerten.

---

1 Siehe hierzu S. 51ff.

2 Vgl. etwa das EUROPEAN PRIVACY SEAL – https://www.european-privacy-seal.eu [21.03.2014]; Schufa-Datenschutzsiegel – https://www.datenschutzsiegel.de [21.03.2014]; ULD Datenschutzsiegel – https://www.datenschutzzentrum.de/guetesiegel/ [21.03.2014]; DSZ-Audit – http://www.dsz-audit.de/datenschutzsiegel/ [21.03.2014]. Siehe hierzu auch Lepperhoff und Jaspers, „Neuer Datenschutzstandard DS-BvD-GDD-01 mit passendem Gütesiegel".

3 Hierzu Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 146ff.

4 Braithwaite and Drahos, *Global Business Regulation*, 551.

5 Ayres and Braithwaite, *Responsive Regulation*, 19; Gunningham, Grabosky, and Sinclair, *Smart Regulation*, 387ff.; Baldwin and Black, „Really Responsive Regulation".

Dieses Format hat sich bereits in einer Innovationswerkatt „Kreativität und Urheberrecht in der Netzökonomie" bewährt.[6]

Die Innovationswerkstatt zum Thema Dialog zwischen Datenschutzaufsicht und Internet-Unternehmen begann mit einer Sondierung des Themas durch fünf qualitative Interviews mit Vertretern von Unternehmen und Aufsichtsbehörden. Im Anschluss wurde am 12. Februar 2013 ein Workshop mit Vertretern der Wissenschaft durchgeführt, in welchem die Problemfelder für eine weitere Untersuchung definiert wurden. An diesem Workshop haben teilgenommen:

- Prof. Dr. Marion Albers
- Prof. Dr. Christoph Bauer
- Prof. Dr. Hans-Peter Bull,
- Dr. Per Christiansen
- Dr. Philipp Kramer
- Prof. Dr. Karl-Heinz Ladeur
- VorsRiVG Friedrich-Joachim Mehmel
- Dr. Jan-Hinrik Schmidt
- Prof. Dr. Wolfgang Schulz

Auf Basis der in dem Workshop erarbeiteten Konzepte und Fragestellungen wurde eine Online-Befragung von Vertretern der Aufsichtsbehörden, Vertretern aus Unternehmen der Internet-Branchen sowie Rechtsanwälten und Datenschutzberatern erstellt, die zwischen dem 21. August und 22. Oktober 2013 durchgeführt wurde. Ziel der Befragung war die qualitative Erhebung von Erfahrungswerten, Feedback und Verbesserungsvorschlägen.

Am 20. November 2013 wurden die Befragungsergebnisse und daraus ableitbare Optionen auf einem Workshop mit Praktikern zur Diskussion gestellt. Der Workshop wurde unter der „Chatham House Rule"[7] abgehalten, die besagt, dass Äußerungen auf dem Workshop nicht öffentlich den Teilnehmern des Workshops zugeschrieben werden dürfen. An dem Workshop haben insgesamt 20 Vertreter der Datenschutzaufsicht, Vertreter namhafter Internet-Konzerne sowie Vertreter von Verbänden und

---

6 Siehe http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/540 [21.03.2014].

7 „When a meeting, or part thereof, is held under the Chatham House Rule, participants are free to use the information received, but neither the identity nor the affiliation of the speaker(s), nor that of any other participant, may be revealed.", vgl. http://www.chathamhouse.org/about-us/chathamhouserule [21.03.2014].

Rechtsanwälte teilgenommen. Zwischen einigen Teilnehmern waren laufende Verfahren anhängig.

Die Innovationswerkstatt wurde vom Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg organisiert und vom Amt Medien, Senatskanzlei der Freien und Hansestadt Hamburg, in Auftrag gegeben und gefördert.

Die im Folgenden dargestellten Ergebnisse basieren ganz entscheidend auf der Arbeit der Mitwirkenden, denen an dieser Stelle herzlicher Dank gebührt. Dieses Ergebnispapier ist allerdings – dem Konzept der Innovationswerkstatt entsprechend – kein Ergebnis eines Konsenses der Gruppe, sondern enthält die Schlussfolgerungen der Autoren auf der Basis der gemeinsamen Arbeit.

1.3 Online-Befragung über Erfahrungswerte

Ziel der Online-Befragung war die *qualitative* Erhebung von Erfahrungswerten, und Verbesserungsvorschlägen in weitgehend offenen Fragestellungen. Kern der Befragung war ein *gegenseitiges Feedback*: Unternehmensvertreter/Anwälte und Datenschutzberater wurden um Feedback zu ihrem Dialog mit Aufsichtsbehörden gebeten. Vertreter der Aufsicht wurden um Feedback zu ihrem Dialog mit Unternehmen gebeten. Darüber hinaus wurden in der Umfrage gezielt nach Faktoren gefragt, die in der Vorbereitung als mögliche Erschwernisgründe für einen effektiven Dialog identifiziert wurden, beispielsweise das Rollenverständnis der Aufsichtsbehörden in Eigen- und Fremdzuschreibung oder – ganz praktisch – „handwerkliche Mängel" der Gesprächsführung.

Der Online-Fragebogen wurde an sämtliche Datenschutzbehörden in Deutschland, an die einschlägigen Verbände BITKOM, BVDW, eco, DMMV, DIV, an ca. 150 ausgewählte Einzelunternehmen verschiedener Internet-Branchen, Unternehmensgrößen und unterschiedlicher Standorte, sowie an Datenschutzberater und Rechtsanwälte verschickt. Den Teilnehmern wurde zugesichert, die Antworten nur in zusammengefasster Form zu veröffentlichen, um einen Rückschluss auf den jeweiligen Verfasser möglichst auszuschließen. Mit dieser Maßnahme sollte der von Unternehmensvertretern geäußerten Sorge Rechnung getragen werden, sich durch Kritik an der Aufsicht in einer laufenden Regulierungsbeziehung womöglich Nachteile einzuhandeln. Einige Unternehmensvertreter und Anwälte haben eben aus diesem Grunde an der Online-Umfrage nicht teilgenommen, aber von dem Angebot Gebrauch gemacht, in einem Telefonat Kommentare und Verbesserungsvorschläge abzugeben.

In die Auswertung der Befragung wurden 45 Datensätze einbezogen. 18 Datensätze stammen von Unternehmensvertretern, sieben von Vertretern der Aufsichtsbehörden, elf von Beratungsunternehmen im Datenschutz und neun von Rechtsanwälten. Von

den Unternehmensvertretern/Beratern/Anwälten haben acht angegeben, in einem Unternehmen mit über 1000 Mitarbeitern zu arbeiten oder ein solches zu beraten.

Die Ergebnisse der Befragung können aufgrund der Anlage der Untersuchung, insbesondere der Art der Rekrutierung der Teilnehmer, keine Repräsentativität für Aufsichtsbehörden und Unternehmen beanspruchen. Das qualitative Feedback der Teilnehmer, die durchgängig selbst an einem Dialog beteiligt sind oder waren, liefert jedoch klare Indikationen, in welchen Bereichen Verbesserungspotenziale liegen. In der folgenden Darstellung werden daher Befunde aus der Befragung zur Veranschaulichung herangezogen; um die oft unterschiedlichen Perspektiven der beteiligten Akteursgruppen zu verdeutlichen, werden die Ergebnisse nach „Unternehmen", „Aufsicht", „Anwälte" und „Berater" getrennt ausgewiesen.

2. Gründe und Rechtfertigungen für einen Dialog

Weshalb sollten Aufsichtsbehörden und Unternehmen (der Internet-Branchen) außerhalb der gesetzlich angeordneten Anhörungen im Verwaltungsverfahren eigentlich überhaupt miteinander sprechen? Diese Frage mag befremdlich klingen. Aber wenn es das alleinige Ziel der Datenschutzaufsicht ist, in einem individualrechtlichen Blickwinkel Betroffenen bei Verstößen zu ihrem Recht zu verhelfen, gibt es wenig Anlass, Ressourcen für einen Dialog außerhalb der konkreten Beanstandungen aufzuwenden.

Sowohl das Verwaltungshandeln allgemein als auch der Datenschutz haben sich gegenüber dieser engen Perspektive weiterentwickelt. Ganz allgemein sind Dialog und Verständigung Teil des modernen Verwaltungshandelns. Dialog dient der Annäherung in Interessenkonflikten, als Richtigkeitsgewähr bei einschneidenden Maßnahmen und – insbesondere im Datenschutz – der Kompensation defizitärer gesetzlicher Gestaltung von Normen mit hohem Interpretationsbedarf. Aber auch die Rolle der Datenschutzaufsicht wandelt sich von einer klassischen Aufsichtsstruktur hin zur datenschützenden Steuerung von Marktteilnehmern in einer umfassenderen Datenschutzregulierung.

Das regulierungswissenschaftliche Schrifttum kategorisiert den Dialog zwischen Regulierer und regulierten Unternehmen als ein *Instrument der Regulierung*, für das es aus Sicht des Regulierers gute Gründe gibt.

2.1 Ausgleich von Wissensgefällen

Ein erster Vorteil eines Dialogs liegt in dem *Ausgleich asymmetrischer Information*.[8] Ein Regulierer hat strukturell immer ein Wissensdefizit gegenüber den regulierten Unternehmen. Er kennt Branche, Markt und Akteure nicht so gut wie die Unternehmen selbst. Er ist gewissermaßen „extern". Interna der Unternehmen kann er erst recht nicht kennen. Diese Informationen sind aber zu einem gewissen Grade notwendig, wenn möglichst sachgerecht und effektiv reguliert werden soll. Gewinnen kann ein Regulierer diese Informationen aber nur über einen Austausch.

Zusammengefasst bestätigen die Ergebnisse der Online-Befragung ein Wissensgefälle zwischen Datenschutzbehörden und Internet-Unternehmen, jedoch nur in bestimmten Aspekten, während sich in anderen ein vergleichsweise hoher Professionalisierungsgrad der Beteiligten andeutet. Wissensgefälle besteht dabei nicht nur bei den Behörden gegenüber den Unternehmen, sondern auch in umgekehrter Richtung.

---

8 Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 18 and 240; Allgemein: Bitter, „Der Umgang mit Wissen als Steuerungsressource im Verwaltungsrecht".

Auffällig ist dabei, dass beide Seiten nicht unbedingt immer ein Interesse haben, die Wissensdefizite bei der anderen Seite auszugleichen, wenn die Folgen des Informationsaustausches nicht absehbar sind. Derartige Sorgen können als negative Anreize gegenüber einer Verständigung über datenschutzrechtliche Fragen wirken.

2.1.1. Asymmetrische Information in der Datenschutzregulierung

In der Befragung rügen Vertreter der Aufsicht *fehlende Datenschutzkenntnisse* der Unternehmen, Vertreter der Unternehmen dagegen fehlendes *Verständnis für Geschäftsmodell und wirtschaftliche Folgen* bei der Aufsicht, aber beides im Mittelwert in gemäßigtem Umfang („In meiner Arbeit kommt das zwei bis fünf Mal pro Jahr vor"). Prägnanter und mit markigen Worten wurde ein „fehlendes wirtschaftliches Verständnis" der Aufsicht in individuellen Kommentaren bemängelt. Solche Kommentare belegen indes nicht unbedingt ein Wissensdefizit. Plausibler erscheint es, dass die Aufsichtsbehörden die wirtschaftlichen Folgen erkennen und berücksichtigen könnten, dies aber nicht wollen, weil sie dies nicht zu ihren Aufgaben zählen. Ein Vertreter der Aufsicht stellt etwa eindeutig klar, Umsatz sei für ihn kein Kriterium. Eine andere befragte Person aus einer Aufsichtsbehörde berichtete, dass in Gesprächen mit Unternehmen häufig erst für eine Legitimation des Datenschutzes/Betroffenenschutzes geworben werden müsse, wenn der Datenschutz mit Einschränkungen wirtschaftlicher Handlungsfreiheit verbunden sei. Eine dritte Stimme aus einer Aufsichtsbehörde kritisierte ausdrücklich, dass sich die Aufsicht den wirtschaftlichen Folgen ihres Handelns bewußt verschließe.

Demgegenüber beschrieben mehrere Stimmen aus der Aufsicht ihr Problem, die Vielzahl technischer Vorgänge und Lösungen zu erfassen, und zwar sowohl bezogen auf einzelne datenverarbeitende Unternehmen, deren Interna man nicht kenne, als auch branchenübergreifend bezogen auf den Stand der Technik. In Fragen der *Technologie* sei Austausch notwendig, da die Behörden allein nicht über die Ressourcen verfügten, in allen Themen in allen Branchen auf dem aktuellen technologischen Stand zu sein.

Ein Wissensgefälle in umgekehrter Richtung wurde in Bezug auf die *Auslegung des Datenschutzrechts* beschrieben. Es genüge nicht, so ein mehrfacher Kommentar, das Datenschutzrecht im Sinne der Kenntnis von Normen und Rechtsprechung zu beherrschen. Vielmehr müsse man aus Unternehmens-/Beraterperspektive wissen, wie die einzelnen Behörden das Recht jeweils auslegten und anwendeten. Dies zum einen, weil die Datenschutzgesetze vage und interpretationsbedürftig seien, zum anderen, weil – so ein wiederholter Vorwurf – manche Behörden über das Gesetz hinausgehende Maßstäbe anlegen würden.

2.1.2. Anreize zur Beseitigung des Wissensgefälles

Auch wenn es für die Aufsicht und die Unternehmen im Prinzip nützlich ist, eigene Wissensdefizite auszugleichen, gibt es für beide Seiten auch Gründe gegen einen Austausch. Ein Dialog zwischen Aufsicht und Unternehmen ist für beide Seiten eine Nutzen-Risiko-Abwägungsentscheidung.[9]

Unternehmen können mit den Informationen von der Aufsichtsbehörde ihr unternehmerisches Handeln strategisch ausrichten. Je besser Unternehmen verstehen, wie die Aufsicht denkt und agiert, desto gezielter können sie hierauf reagieren und entscheiden, welche Maßnahmen zu treffen sind – oder weniger wünschenswert –, ob Sanktion und Entdeckungswahrscheinlichkeit so gering sind, dass ein Kalkül für einen vorsätzlichen Verstoß in Betracht kommt.

Andererseits zieht sich die Sorge der Unternehmen, ihrerseits mit der Aufsicht Informationen zu teilen, wie ein roter Faden durch die Befragungsergebnisse. Unternehmen fragen sich, ob es sich später „rächen" könnte, der Aufsicht Informationen insbesondere über die eigene Technik oder noch nicht im Markt gestartete Produkte zu geben. Eine einmal der Aufsicht bekannte Information werde diese niemals wieder „vergessen", und man könne gar nicht abschätzen, wann solche Informationen in zukünftigen Vorgängen wieder relevant würden. Strategisch stelle es eine rationale Option dar, die Aufsicht so gut es irgend geht „im Dunkeln" zu lassen. Gegenüber einer solchen Strategie zeigten die befragten Unternehmen jedoch im Schnitt weniger Sympathie, als man meinen könnte (vgl. Tabelle 1).

Tabelle 1: Unternehmensstrategie „nur so viel Information wie nötig"

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
2,80	2,00	2,50	2,86

Frage: „Unternehmen fahren gegenüber der Aufsicht taktisch am besten mit der ‚Salami-Taktik'. Damit ist gemeint: Aus Unternehmensperspektive ist es taktisch klug, nur dann Informationen über das Unternehmen an die Aufsicht weiterzugeben, wenn man dazu gezwungen wird, und dann auch nur das nötige Minimum".
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

Offenbar erkennen Unternehmen an, in manchen Situationen sei ein offener Austausch vorzugswürdig. Umgekehrt haben Vertreter der Aufsicht als Faktoren für den

---

9 Die Regulierungstheorie hat aufgezeigt, das Organisationen selbst bei rational abzuwägenden Kosten-Nutzen-Entscheidungen häufig aus einer Vielzahl von Faktoren anders entscheiden, als dies bei rationaler Abwägung zu erwarten gewesen wäre, zuweilen sogar gänzlich irrational. Vgl. hierzu Cohen, March, and Olsen, „A Garbage Can Model of Organizational Choice".

Fehlschlag eines Dialogs „fehlende Transparenz" hervorgehoben, also das teilweise Verschweigen von relevanten Informationen in „Salami-Taktik".

In ähnlicher Weise sind Informationen von Unternehmen und Branchen für die Aufsicht nützlich, in konkreten Fällen als Richtigkeitsgewähr sogar unabdingbar. Dort, wo der Aufsicht Ermessen eingeräumt ist, wird die Informiertheit über (u. U. technische) Handlungsalternativen für die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Entscheidung relevant. Allgemein wird man sagen können: Je mehr sich eine Behörde weg von der traditionellen Rolle der Aufsicht im Datenschutz hin zu einer regulierenden Steuerung der Marktteilnehmer mit direkten und indirekten Instrumenten bewegt, desto wichtiger werden die Informationen aus dem Markt für eine sachgerechte, angemessene und effektive Steuerung.

Aber auch auf Seiten der Aufsicht haben Vertreter in der Befragung Sorge zum Ausdruck gebracht, welche Folgen ein Austausch mit den Unternehmen haben könne. Man werde von Unternehmen normalerweise nicht ohne Grund befragt. Aber dieser Grund sei selten bekannt. Selbst in individuellen Beratungsgesprächen, in denen das Unternehmen seine Absichten offenlege, stelle sich oft heraus, dass der Sachverhalt tatsächlich anders läge. Mit einer Aussage der Aufsicht– nicht selten auf falscher oder unsicherer Tatsachenbasis– würden Unternehmen dann womöglich planen, Kosten aufwenden oder sich in der Öffentlichkeit dergestalt präsentieren, die Aufsicht habe eine bestimmte Datenverarbeitung geprüft und für korrekt befunden. Daher müsse im Grunde bei jeder Auskunft an Unternehmen zunächst gründlich der Sachverhalt ermittelt und anschließend dokumentiert werden, damit der Anwendungsbereich einer Aussage der Aufsicht nachvollziehbar bleibe. Sofern ein Mitarbeiter einer Aufsichtsbehörde zu spontanen und informalen Aussagen bereit sei, geschehe dies im Prinzip auf „sein eigenes Risiko".

Dieser Befund legt insgesamt nahe: Zielt man darauf ab, Austausch und Verständigung zwischen Aufsicht und Unternehmen zu verbessern, muss man nicht für einen Dialog werben. Beide Seiten haben Anreize zum Austausch und zum Abbau von Wissensdefiziten. Ansatzpunkt sind vielmehr die gegenseitigen Sorgen vor etwaigen nachteiligen Folgen eines Austauschs, von denen die Beteiligten möglichst zu befreien sind.

2.2 Grundbedingung für effektive Compliance-Strategien

Als zweiten Vorzug des Dialogs als Regulierungsinstrument bestimmt das regulierungswissenschaftliche Schrifttum, dass sich mit einem Dialog gegenüber bestimmten Typen von Unternehmen positive Compliance-Effekte erzielen lassen. In manchen Situationen sind Instrumente des (rechtlichen) Zwangs das angemessene Mittel („*deterrence strategy*"). In anderen Situationen erzielt man als Regulierer einen höheren Grad von Rechtsbefolgung mit Instrumenten der Überzeugung und des

Dialogs („*compliance strategy*").[10] Beispielsweise versagt eine reine Compliance-Strategie gegenüber Unternehmen, die in Kenntnis der Rechtslage vorsätzlich verstoßen wollen. Gegenüber Unternehmen, die im Ausgangspunkt rechtkonform handeln wollen, jedoch nicht ausreichend über die Rechtslage oder Wege zu deren Umsetzung informiert sind, ist ein beratender Ansatz erfolgversprechender.[11] Bei hohen Risiken mit dramatischen Folgen würde es wiederum auf wenig Verständnis der Bevölkerung treffen, wenn ein Regulierer nur beratend tätig würde.[12]

Eine auf Abschreckung und Sanktion zielende Strategie setzt dagegen voraus, dass ein Unternehmen rational auf diese Anreize reagiert. Dies ist jedoch, wie in zahlreichen Studien belegt wurde, tatsächlich oftmals nicht der Fall („bounded rationality"[13]), so dass ein Dialog mit dem Regulierer möglicherweise ein Unternehmen erst in die Lage versetzt, auf eine Strafdrohung zu reagieren.[14] Es wird deutlich: Effektive Regulierung verlangt vom Regulierer eine Beurteilung, mit welchen Instrumenten und Strategien situationsangemessen vorgegangen werden kann.[15] In dem Portfolio von zur Vergfügung stehenden Instrumenten und Strategien ist der Dialog ein unverzichtbarer Baustein.

Die Frage, die sich unmittelbar anschließt, lautet: Unter welchen Umständen ist der Dialog das Mittel der Wahl?

Ayres/Braithwaite haben das Repertoire an in Betracht kommenden Regulierungsinstrumenten modellhaft in pyramidaler Form dargestellt, bei der Instrumente der Überzeugung und der Dialog die breite Basis und Instrumente des Zwangs die Spitze der Pyramide darstellen.[16]

---

10 Gunningham, „Enforcement and Compliance Strategies", 121.

11 Hierzu Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 231.

12 Ibid., 261.

13 March, „Bounded Rationality, Ambiguity, and the Engineering of Choice"; Cohen, March, and Olsen, „A Garbage Can Model of Organizational Choice".

14 Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 42 m.w.N.

15 Ibid., 231.

16 Ayres and Braithwaite, *Responsive Regulation*.

Abbildung 1: „Regulierungspyramide" nach Ayres/Braithwaite

Nach diesem Modell der sog. „*responsive regulation*" stellt es normalerweise eine effektive Strategie für den Regulierer dar, kooperativ den Dialog mit Unternehmen zu suchen. Nur wenn der Dialog nicht zum Erfolg führt, ist eine Eskalation mit Instrumenten des Zwangs geboten. Dieses im Kern spieltheoretische Modell beinhaltet einen Anwendungsvorrang des Dialogs und reagiert auf Fehlschlag des Dialogs mit einer „Tit-for-Tat-Strategie". Instrumente der Überzeugung und Instrumente des Zwangs stehen dabei aber in einem Wirkungszusammenhang. Der Dialog als Instrument funktioniert nur unter der Grundbedingung, dass es ein wirksames Drohpotenzial für eine Eskalation gibt („heavy stick in the background"), die für die Unternehmen den Dialog als bestmögliche Option darstellt. Anderenfalls könnten Unternehmen der Aufsicht schlicht ausweichen oder einen Dialog ohne Ergebnisabsicht unbegrenzt verschleppen.

To reject punitive regulation is naive; to be totally committed to it ist o lead a charge of light brigade. The trick of successfull regulation is to establish a synergy between punishment and persuasion.[17]

Dieses weltweit einflussreiche Modell wurde im Schrifttum zunehmend verfeinert.

Das Modell der sog. „*smart regulation*"[18] erweitert das Konzept der Regulierungspyramide um weitere Akteure, die unmittelbar oder mittelbar in eine Regulierungsbeziehung mit einbezogen werden können. Regulierung ist nicht nur eine Beziehung zwischen Staat und Unternehmen. Vielmehr haben auch die Unternehmen selbst sowie Organisationen wie Interessenverbände, Industrieverbände oder sonstige nichtstaatliche Organisationen einen Anteil an der Gestaltung der Regulierung. Entsprechend ist das Modell der „smart regulation" eine dreiseitige Pyramide mit einer

---

17 Ibid., 25.

18 Gunningham, Grabosky, and Sinclair, *Smart Regulation*, 399 f.; Gunningham, „Enforcement and Compliance Strategies", 131.

Dimension der mittelbaren Eskalation über Dritte. Handelt ein Regulierer in diesem Konzept in regulatorischen Netzwerken unter Einbeziehung Dritter, steigen mit zunehmender Komplexität die Anforderungen an Koordination, Informationsmanagement und Austausch[19], und damit auch die Bedeutung des Dialogs.

Die Theorie der „*really responsive regulation*"[20] schließlich kritisiert es als verkürzt, in der Auswahlentscheidung für das angemessene Instrument allein auf das Verhalten der zur regulierenden Unternehmen abzustellen. Vielmehr ist auf fünf Schlüsselfaktoren zu reagieren: das Verhalten, die Attitüde und die Kultur der Beteiligten in der Regulierungsbeziehung, die Institutionenlandschaft, die Interaktionen zwischen den Funktionslogiken der einzelnen regulatorischen Instrumente und Strategien, die Performanz des Systems, und schließlich: etwaige Veränderungen in den vorgenannten Faktoren über die Zeit.

Die vorgenannten Theorien unternehmen übereinstimmend den Versuch, die Umstände zu beschreiben, in denen Dialog und persuasive Instrumente das situationsangemesse Mittel sind. Sie unterscheiden sich im Grad der Modellierung. Während „responsive regulation" ein im Grunde starres Schema ist, kann „really responsive regulation" eher als ein Analysetool für komplexe soziale Zusammenhänge gesehen werden, um auf das Verhalten von Unternehmen nicht schematisch, sondern spezifisch zugeschnitten reagieren zu können.[21] Allen Ansätzen ist jedoch gemein: Dialog ist essenzieller Bestandteil effektiver Regulierungsstrategien.

In der Befragung wurde in der offenen Frage nach Best Practise-Beispielen für einen Dialog von Seiten der Aufsicht wie auch von Unternehmensseite mehrfach über Situationen berichtet, in denen sich eine Compliance-fördernde Wirkung des Dialogs manifestiert hat. Bei der Gestaltung von Websites und sozialen Netzwerken sei man zu für beide Seiten zufriedenstellenden, teilweise überraschenden Lösungen gelangt, die sich erst in einem gegenseitigen Austausch auftaten. Der Austausch habe, so wurde hervorgehoben, im Ergebnis zu einem besseren und kundenfreundlicheren Produkt geführt. Ähnlich wurde darüber berichtet, dass ein anlassunabhängiger Austausch mit Datenschützern überhaupt erst auf Probleme aufmerksam gemacht habe, die dann im Anschluss gelöst worden seien. Eine Mehrfachnennung für Best Practise war überdies das Verfahren „Google Analytics" des Hamburgischen Beauf-

---

19 Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 265.

20 Baldwin and Black, „Really Responsive Regulation"; Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 269.

21 Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 231.

tragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, das durchaus mit kontroversen Positionen geführt worden war.[22]

Allerdings wurden für den Bereich des Datenschutzes auch Defizite in der Grundbedingung für funktionierenden Dialog als Compliance-Instrument sichtbar, nämlich ein glaubhaftes Eskalationspotenzial.[23] Vertreter der Aufsicht beklagten die „Zahnlosigkeit" der Sanktionen des BDSG, die vergleichsweise unbedeutende Höhe von Ordnungsgeldern sowie die Schwierigkeiten, mit rechtlichen Mitteln gegen multinationale Unternehmen mit Sitz im Ausland vorzugehen, insbesondere wenn – wie im Falle Facebook – deutsches Datenschutzrecht nicht anwendbar sei.[24] In diesem Szenario stelle es für Unternehmen eine Option dar, die (niedrigen) Kosten für die Sanktionierung eines Datenschutzverstoßes einzukalkulieren. Vertreter der Aufsicht bestätigten ausdrücklich, die Gesprächsbereitschaft von Unternehmen sei in laufenden Verfahren (Betroffenenbeschwerden, Verwaltungsverfahren, Ordnungswidrigkeitenverfahren) spürbar höher. Wo Verfahren nicht wirkten, könne die Drohung mit Medieneskalation wirksam sein: sie erhöhe erfahrungsgemäß die Bereitschaft zum Dialog bei Unternehmen. Diese Äußerungen lassen sich so interpretieren, dass die Pressearbeit der Aufsichtsbehörden zunehmend die Funktion des „heavy stick in the background" übernimmt.[25] Der aktuelle Entwurf einer EU-Datenschutz-Grundverordnung sieht eine erhebliche Verschärfung der Sanktionen für Verstöße vor.[26]

Das Sanktionsinstrumentarium der Aufsicht interessiert in vorliegendem Rahmen nur als Grundbedingung für einen Dialog. Am Rande sei bemerkt, dass ein Eskalationspfad nur dann für einen Dialog förderlich ist, wenn er *berechenbar* ist und bei den Unternehmen die Wahrnehmung besteht, die Sanktion werde mit *hinreichender Wahrscheinlichkeit* eintreten. Hierzu ist auf die Literatur zu verweisen.[27] Kommenta-

---

22 Vgl. den 23. Tätigkeitsbericht des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit 2010/2011 unter Ziffer IV 4.1, abrufbar unter: http://www.datenschutz-hamburg.de/news/detail/article/iv-4-reichweitenmessung-23-taetigkeitsbericht-20102011.html [21.03.2014].

23 Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 263, weisen darauf hin, dass eine solche Situation dazu führen kann, dass Regulierer notgedrungen zu dialogorientierten Strategien tendieren, obwohl ein schärferes Vorgehen angezeigt wäre.

24 VG Schleswig-Holstein, AZ 8 A 218/11, 8 A 14/12, 8 A 37/12; OVG Schleswig-Holstein, Beschlüsse vom 22. April 2013 (Aktenzeichen 4 MB 10/13 und 11/13). Die Beschlüsse sind abrufbar unter: https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20130424-facebook-klarnamen-ovg.htm [21.03.2014].

25 Zu den Folgen der Pressearbeit der Aufsicht siehe S. 51ff.

26 Vgl. Art. 73ff. Entwurf Datenschutz-GV (Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM/2012/011 endgültig – 2012/0011 (COD).

27 Ogus, *Regulation – Legal Form and Economic Theory*, 89; Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 236ff.; Gunningham, „Enforcement and Compliance Strategies".

re in der Befragung legen nahe, dass gegenwärtig viel von dem Potenzial der Sanktionen verloren geht. Die Rechtsverfolgung durch die Aufsicht wurde als „negative Lotterie" geschildert. Es würden zu wenig Bescheide erlassen, dies auch nur ohne erkennbare Schwerpunktsetzung und infolge des Vollzugsdefizits mit wettbewerbsverzerrenden Effekten. Nicht selten würde einer Drohung keine Tat folgen. Vor allem aber sei die Pressearbeit unberechenbar. Nicht selten profiliere sich jemand zu einem Thema zur Unzeit. „Mediales Pulver werde dadurch vorzeitig verschossen", was die Kooperationsbereitschaft von Unternehmen senke.[28]

2.3 Dialog als notwendige Begleiterscheinung zu den Defiziten von Rechtsnormen

Normen und Regeln sind niemals perfekt. Sie sind antizpierte, generalisierte Abstraktionen, die rechtlichen Geltungsanspruch haben. Voraussicht ist jedoch begrenzt. Sprache ist unperfekt und interpretationsabhängig. Durch eine Abstraktion kommt es zu Effekten der Über- oder Unterregulierung. Sachverhalte, die richtigerweise nicht in den Normbereich einbezogen werden sollten, werden von der Norm erfasst, andere Sachverhalte werden nicht erfasst, obwohl dies richtigerweise der Fall sein sollte.

Black weist darauf hin, dass der regulatorische Dialog eine (normativ wie deskriptiv) notwendige Begleiterscheinung zu den inhärenten Defiziten von Normen ist und diese jedenfalls zum Teil zu kompensieren vermag.[29] Je vager und interpretationsbedürfter eine Norm ist, desto mehr steigt das Bedürfnis nach Verständigung über den Bedeutungsgehalt der Norm.[30] Dialog sei „das Öl auf den Rädern" in einem regulatorischen Prozess, der Flexibilität, Anpassungsfähigkeit und die Fähigkeit zur angemessenen Reaktion fördere.[31]

Die Teilnehmer der Befragung haben diese Rechtfertigung für einen regulatorischen Dialog bestätigt, indem von Unternehmensseite die Notwendigkeit einer Orientierung über die Interpretation der vagen datenschutzrechtlichen Normen durch die Aufsicht, und von Seiten der Aufsicht die Notwendigkeit der Informationen über eine technische Umsetzbarkeit der rechtlichen Anforderungen betont wurde.

---

28 Siehe hierzu S. 51ff.

29 Black, „Talking About Regulation", 297ff.

30 Ähnlich auch Rossen-Stadtfeld, „Gesetzesvollzug durch Verhandlung – Kann der Verwaltungsrichter von der Verwaltung lernen?", 363ff.

31 Black, „Talking About Regulation", 314.

1. Erscheinungsformen des Dialogs

Die Anlässe für einen Dialog zwischen Datenschutzaufsicht und Unternehmen der Internet-Branchen sind vielfältig und lassen sich nicht einheitlich betrachten, weil sich die Beteiligten in unterschiedlichen „Gesprächsarenen" mit unterschiedlichen Interessen und Haltungen begegnen.[32] Eine Anhörung gegenüber einer Beanstandung ist eine völlig andere Situation als ein kurzes Telefonat zur Abstimmung mit einem Referenten. Es ist daher erforderlich, einzelne Typen von Kommunikationssituationen zu differenzieren.

3.1. Kommunikationssituationen

Für die folgende Analyse wurden drei Kommunikationssituationen zwischen Aufsicht und Unternehmen abgeschichtet, die in den Kapiteln 4 bis 6 näher betrachtet werden.

- *Dialog zur Orientierung.* In solchen – oftmals informalen – Gesprächssituationen sucht ein Unternehmen Orientierung über die Einschätzung der Aufsicht zu einer bestimmten Frage oder zur Auslegung des Datenschutzrechts. Jedoch kennt die Aufsicht den konkreten Grund nicht, weshalb das Unternehmen sich interessiert. Vor allem Unternehmensvertreter haben in der Befragung solche Orientierungsgespräche ausdrücklich als „Best Practise" für einen Dialog aufgeführt: Austausch im Rahmen von Fachvorträgen, in Diskussionsrunden, Fragerunden, in Pausenzeiten zwischen Vorträgen oder ein Austausch auf dem „kurzen Dienstweg" mit einem Referenten, den man gut kenne. Für Unternehmen sowie Anwälte oder Berater liegt der Vorteil solcher Kommunikationssituationen auf der Hand: Sie sind vergleichsweise „risikolos". Man kann Informationen von der Behörde aufnehmen, ohne damit rechnen zu müssen, die Aufsicht unbeabsichtigt auf Probleme in der eigenen Organisation/bei Mandanten aufmerksam zu machen. Dieses „Unverbindliche" und die unvollständige Tatsachenbasis sind für die Vertreter der Aufsicht hingegen ein Risiko.[33] Dialog zur Orientierung kann aber auch im Interesse der Aufsicht liegen und von ihr initiiert sein, wenn sie sich im Vorfeld einer Entscheidung oder auch nur zum besseren Verständnis über Unternehmen/Branchen/Markt besser informieren möchte.
- *Individuelle Beratung durch die Aufsicht.* In dieser Kommunikationssituation wendet sich ein Unternehmen mit einer konkreten Fragestellung an die Aufsicht, häufig mit der Frage, ob ein bestimmtes Vorhaben „so in Ordnung sei". In dieser

---

32 Ähnlich allgemein für den regulatorischen Dialog ibid., 289.

33 Siehe auch S. 15.

Situation hat die Aufsicht die Gelegenheit, den Sachverhalt zu hinterfragen, zu dokumentieren und eine durchdachte Stellungnahme abzugeben. Das Unternehmen hat in dieser Situation die Entscheidung getroffen, sich der Aufsicht in gewissem Umfang zu exponieren.

- *Klärung von Streitfragen in förmlichen Verfahren.* Anhörungen im Rahmen von Beanstandungen oder in Verwaltungs-/Gerichtsverfahren sind die für eine klassische Aufsichtstätigkeit typischen Kommunikationssituationen. Die Behörde tritt – in der Wahrnehmung der Unternehmen – nicht als Partner/Berater, sondern hoheitlich auf. Der Ablauf des Dialogs unterliegt durch die Verfahrensordnungen formalen Spielregeln. Die Beteiligten befinden sich im offenen Interessenkonflikt.

3.2 Dialog in der gesetzlichen Aufgabenzuweisung für die Datenschutzaufsicht

Die aufgezeigten Kommunikationssituationen sind der Datenschutzaufsicht im Gesetz in ganz unterschiedlichem Maße als Aufgabe zugewiesen.

- Umfassend geregelt ist die Verständigung der Beteiligten im Rahmen von förmlichen Verfahren. Maßgeblich sind hier die einschlägigen Verfahrensordnungen.
- Für die Aufgabe „Beratung" enthält § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG eine Zuweisung: Die Aufsichtsbehörde berät und unterstützt die Beauftragten für Datenschutz und die verantwortlichen Stellen mit Rücksicht auf deren typische Bedürfnisse. Diese Vorschrift wurde 2006 durch das Bürokratieabbaugesetz[34] eingefügt, bestätigte dabei aber nur die bislang schon geltende Rechtslage und gelebte Praxis.[35] In der Gesetzesbegründung[36] heißt es hierzu wörtlich:

  „Mit ihrem Einblick in sämtliche verantwortliche Stellen einer Branche kann die Aufsichtsbehörde typische Datenschutzprobleme identifizieren und durch Beratung und Unterstützung präventiv und konstruktiv tätig werden. So beugt sie Datenschutzverstößen vor und leistet einen Beitrag zur Entlastung der verantwortlichen Stellen."

  Auf Landesebene enthalten einige Landesdatenschutzgesetze ergänzende Aufgabenzuweisungen.

  In Hamburg enthält § 23 Abs. 2 HmbDSG eine Befugnis zur datenschutzrechtlichen Beratung von öffentlichen Stellen, jedoch keine ausdrückliche Regelung zur Beratung von nicht-öffentlichen Stellen (vgl. § 24 HmbDSG). Allerdings soll

---

34 Art. 1 Nr. 4 des Ersten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft, BGBl. I (2006), S. 1970.

35 Gabel and Taeger-Grittmann, *Kommentar zum BDSG*, § 38 BDSG Rn. 13.

36 BT-Drs 16/1407, S. 10.

nach § 23 Abs. 4 S. 1 HmbDSG die Hamburgische Beauftragte bzw. der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit zu den Auswirkungen der Nutzung neuer Informations- und Kommunikationstechniken auf den Datenschutz Stellung nehmen.

Das Landesdatenschutzgesetz Schleswig-Holstein[37] weist dem Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz ebenfalls die Aufgabe zur Beratung öffentlicher Stellen zu (§ 39 Abs. 4 LDSG S-H), geht aber deutlich darüber hinaus. Nach § 43 Abs. 1 LDSG S-H ist das ULD befugt, Bürgerinnen und Bürger über alle Fragen des Datenschutzes und der Datensicherheit zu beraten und zu informieren. Nach § 43 ABs. 3 LDSG S-H führt das ULD Fortbildungsveranstaltungen zu den Themen Datenschutz und Datensicherheit durch. Es berät nicht-öffentliche Stellen auf Anfrage in Fragen von Datenschutz und Datensicherheit.

Eine besondere Befugnisnorm für den Bundesbeauftragten für den Datenschutz zur Beratung von Telekommunikationsanbietern enthält schließlich § 115 Abs. 4 TKG i.V.m. § 26 Abs. 3 BDSG.

- Die Aufgabe „Orientierung für Unternehmen zu schaffen" ist gesetzlich überhaupt nicht geregelt. Sie bewegt sich in der Schnittmenge zwischen Beratung und Öffentlichkeitsarbeit. Die Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit der Aufsicht wird a maiore ad minus aus § 38 Abs. 1 S. 6 BDSG abgeleitet, wonach die Aufsichtsbehörde regelmäßig, spätestens alle zwei Jahre, einen Tätigkeitsbericht vorzulegen hat. Nach anderer Auffassung folgen Rechte und Pflichten zur Informierung der Öffentlichkeit unmittelbar aus dem datenschutzpolitischen Mandat der Aufsichtsbehörden.[38]

Über diese rudimentären Ansätze hinaus gibt es weder für Beratung noch für Öffentlichkeitsarbeit durch die Aufsichtsbehörde eine nähere gesetzliche Ausgestaltung.[39]

---

37 Schleswig-Holsteinisches Gesetz zum Schutz personenbezogener Informationen. Vom 9. Februar 2000. GVIBl. 2000, 169.

38 Simitis-Petrie, *Bundesdatenschutzgesetz*, § 38 Rn 40; vgl. auch zur Warnung der Öffentlichkeit durch den BfDI VG Köln, NVwZ 1999, 912.

39 Für das Versammlungsrecht hat das BVerfG im Brokdorf-Urteil dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit ein verfahrensrechtliches Gebot zur Kooperation und Dialog entnommen. Vorrangiges Ziel von Verwaltung und Veranstalter einer (Groß-)Demonstration müsse es anlässlich der Versammlungsanmeldung (§ 14 VersG) sein, eine konsensuale Lösung zu finden. Ein Dialog zwischen Veranstalter und Behörde sowie eine Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen trügen gerade bei Großdemonstrationen zur Vermeidung späterer Konfliktsituationen bei. Von besonderer Bedeutung sei eine rechtzeitige Kontaktaufnahme, bei der beide Seiten sich kennenlernen, Informationen austauschen und möglicherweise zu einer vertrauensvollen Kooperation finden, welche die Bewältigung auch unvorhergesehener Konflikte erleichtere. Vgl. BVerfGE 69, 315; hierzu Seibert, „Mediation in Der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung", 367.

3.3 Die Praxis der Aufsichtsbehörden

Das gesetzliche Konzept betont förmliche Verfahren und spricht Beratung und Öffentlichkeitsarbeit eine geringe Rolle zu. In der Praxis sind die Aufgaben jedenfalls bei manchen Datenschutzbehörden anders gewichtet.

Der 5. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2011 und 2012 beispielsweise weist 1418 bzw. 1475 Beratungen von Unternehmen im Gegensatz zu 30 bzw. 144 Ordnungswidrigkeitsverfahren aus.[40]

Um die Bedeutung der Öffentlichkeitsarbeit für die Aufsicht abzuschätzen, genügt ein Blick auf die Presseserver der Landesdatenschutzbehörden.[41] Im Tätigkeitsbericht 2013 des ULD beispielsweise heißt es: „Für das ULD ist Öffentlichkeitsarbeit ein zentraler Schlüssel zur Verwirklichung von mehr Datenschutz in unserer Gesellschaft. Dem dienen Printveröffentlichungen, Vorträge und Veranstaltungen sowie Darstellungen im Internet."[42]

Die Teilnehmer der Online-Befragung wurden gebeten, die Funktionen der Aufsichtsbehörden im Ist-Zustand zu priorisieren (vgl. Tabelle 2). Dabei zeigten sich deutliche Unterschiede in der Wahrnehmung der Tätigkeiten der Aufsicht, wobei die Funktion „Öffentlicher Mahner vor Risiken" konsistent einen hohen Stellenwert einnahm, während der Funktion „Beratung von Unternehmen" dagegen insbesondere bei Aufsichtsbehörden eine vergleichsweise geringe Bedeutung zugeschrieben wurde.

---

40 5. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2011 und 2012, S. 9, abrufbar unter http://www.lda.bayern.de/lda/datenschutzaufsicht/lda_daten/dsa_ Taetigkeitsbericht20112012.pdf [21.03.2014].

41 Vgl. beispielsweise: ULD: https://www.datenschutzzentrum.de/presse/index.htm [21.03.2014]; Hamburg: http://www.datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen-und-informationen/pressearchiv.html [21.03.2014]; Berlin: http://www.datenschutz-berlin.de/content/veroeffentlichungen [21.03.2014]; Bayern: https://www.datenschutz-bayern.de/nav/menu_04.html [21.03.2014]; Sachsen-Anhalt: http://www.datenschutz.sachsen-anhalt.de/service/pressemitteilungen [21.03.2014]; Thüringen: http://www.tlfdi.de/tlfdi/presse/ [21.03.2014].

42 Unabhängigkes Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein. Tätigkeitsbericht 2013. Ziffer 3.3. Abrufbar unter: https://www.datenschutzzentrum.de/material/tb/tb34/ [21.03.2014].

Tabelle 2: Wahrnehmung der Rolle der Datenschutzaufsicht

	Wahrnehmung der Unternehmen	*Wahrnehmung der Aufsicht*	*Wahrnehmung der Anwälte/Berater*
Platz 1	Öffentlicher Mahner vor Risiken	Öffentlicher Mahner vor Risiken	Rechtsaufsicht
Platz 2	Rechtsaufsicht	Anwalt der Betroffenen	Öffentlicher Mahner vor Risiken
Platz 3	Anwalt der Betroffenen	Interessenvermittler Betroffene/Unternehmen	Anwalt der Betroffenen
Platz 4	Politische Kraft	Rechtsaufsicht	Beratung von Verbrauchern
Platz 5	Interessenvermittler Betroffene/Unternehmen	Mitwirkende in Gesetzgebung	Beratung von Unternehmen
Platz 6	Beratung von Unternehmen	Beratung von Verbrauchern	Mitwirkende in Gesetzgebung
Platz 7	Mitwirkende in Gesetzgebung	Beratung von Unternehmen	Politische Kraft
Platz 8	Beratung von Verbrauchern	Politische Kraft	Interessenvermittler Betroffene/Unternehmen

Frage: „Die Datenschutzaufsicht in Deutschland agiert in verschiedenen Rollen. Bitte ordnen Sie die folgenden Rollen bzw. Selbstverständnisse der Datenschutzaufsicht so an, wie stark Ihrer Wahrnehmung nach sie die Aufsichtsbehörden in Deutschland tatsächlich ausfüllen („Ist-Zustand"). Je stärker die Behörden eine Rolle Ihrer Ansicht nach ausfüllen, desto weiter oben platzieren Sie das entsprechende Feld".

Dieser Befund lässt sich nur dadurch erklären, dass die einzelnen Behörden unterschiedliche Akzente in ihrer Arbeit setzen. Dies wiederum konnte auch in der Befragung bestätigt werden, denn Unternehmensvertreter, Berater und Rechtsanwälte nehmen deutlich stärker als Aufsichtsvertreter wahr, dass die einzelnen Datenschutzbehörden ihre eigene Aufgabe unterschiedlich definieren (vgl. Tabelle 3). Zugleich tendieren sie stärker zu der Auffassung, Unterschiede im Selbstverständnis seien für die eigene Arbeit eher hinderlich (vgl. Tabelle 4).

Tabelle 3: Definition der Aufgabe einzelner Datenschutzbehörden ähnlich uder unterschiedlich?

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
4,17	2,83	4,22	4,50

Frage: „Die einzelnen Datenschutzbehörden in Deutschland verstehen und definieren ihre eigenen Aufgabe…ähnlich – unterschiedlich".
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („ähnlich") bis 5 („unterschiedlich").

Tabelle 4: Unterschiede zwischen den Aufsichtsbehörden unerheblich oder hinderlich?

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
3,73	3,17	4,20	3,88

Frage: „Trotz aller Koordinierungsanstrengungen kann es immer wieder Unterschiede im Selbstverständnis und den Arbeitsabläufen zwischen den Aufsichtsbehörden geben. Solche Unterschiede sind für meine Arbeit... unerheblich – hinderlich".
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („unerheblich") bis 5 („hinderlich").

Ganz allgemein wird man sagen müssen, dass der gesetzlichen Aufgabenzuweisung für die Datenschutzaufsicht die Vorstellung von einer überwachenden oder kontrollierenden und vor allem nur reaktiv tätigen Behörde zugrunde liegt, während sich in der Praxis jedenfalls teilweise ein steuernder, präventiver und lösungsorientierter Handlungsmodus der Datenschutzregulierung etabliert. Die defizitäre Ausgestaltung von Beratungs- und Öffentlichkeitsarbeit erweist sich dabei als problematisch, und zwar schon deswegen, weil solche Maßnahmen im grundrechtsrelevanten Bereich einschneidend belastend wirken können. Das ungleiche Verständnis der Rolle der Aufsicht und die unterschiedliche Haltung zum Dialog können dabei handfeste und für die Wirtschaftspolitik relevante Auswirkungen haben. Ein Rechtsanwalt berichtete darüber, aus der „Zerstrittenheit der Datenschutzbehörden" gern den Vorteil des „forum shoppings" zu ziehen; seinen Mandanten empfehle er regelmäßig München als Standort zu wählen, da man dort mit den Behörden „reden könne".

Unter dem hier interessierenden Aspekt der Verständigung zwischen Unternehmen und Aufsichtsbehörden können die Defizite in der Ausgestaltung unmittelbar auf die einzelnen Dialogsituationen durchschlagen. Dort, wo die Rollen nicht klar sind, kann es leicht zu Missverständnissen und Fehlkommunikation kommen. Die von einigen Befragungsteilnehmern geäußerte Kritik an einem „bürokratischen", „dem Denken in Subordinationsverhältnissen verhafteten" und „nicht auf Augenhöhe geführten" Verwaltungsstil lässt sich durch Unklarheit in den gegenseitigen Erwartungshaltungen erklären, wenn nämlich ein Unternehmen in der Erwartung eines Beratungsszenarios die Aufsicht anspricht und diese im „Aufsichtsmodus" antwortet.

Ansatzpunkt für eine Optimierung eines Dialogs zwischen Datenschutzaufsicht und Unternehmen kann es daher sein, für Klarheit über Rollen und gegenseitige Erwartungshaltungen zu sorgen, indem man die Rahmenbedingungen für Beratung und Öffentlichkeitsarbeit weiter ausgestaltet. Mit klaren Rahmenbedingungen können die Beteiligten erkennen, was sie konkret zu erwarten haben.

Im Folgenden werden die einzelnen Kommunikationssituationen zwischen Aufsicht und Unternehmen mit dem Ziel näher betrachtet, Ansätze für eine – gesetzgeberische wie operative – verbesserte Gestaltung zu identifizieren.

3.4 Allgemeine Kontextfaktoren

Die Befragung, insbesondere das operative Feedback der Teilnehmer in offenen Fragen, haben eine Reihe von allgemeinen Faktoren aufgezeigt, die für sämtliche Kommunikationssituationen von Bedeutung sind und die hier vor Erörterung der verschiedenen Kommunikationssituationen „vor die Klammer gezogen" werden können.

3.4.1 „Setting" und Gesprächssteuerung

Effektiver Dialog hängt zu einem gewissen Grad von der geschickten Steuerung der Gesprächssituation ab. Unternehmensvertreter sind sich nicht immer sicher, wie, wann und wo sie die Aufsicht ansprechen sollten. Wie gezeigt, ist es auch schwierig, die von Bundesland zu Bundesland unterschiedliche Rolle und Haltung der Aufsichtsbehörde zu erkennen. Ein typischer Bruch entsteht beispielsweise dann, wenn ein Unternehmen „im Beratungsmodus" anfragt und die Aufsicht „im Aufsichtsmodus" antwortet. Solche Themen lassen sich zu Gesprächsbeginn klären. Die Aufsicht hat in diesem Bereich die Möglichkeit, durch frühzeitige Steuerung Missverständnisse zu vermeiden. Zur Gesprächssteuerung gehört auch das Hinwirken auf die ordnungsgemäße Sachverhaltsaufklärung; der Grund für die Sorgfalt der Behörden in der Aufarbeitung des Sachverhalts sollte Unternehmen plausibel gemacht werden, weil diese die Sachverhaltsarbeit – so wurde es geschildert – als „Ausforschung" und Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit wahrnehmen. Schließlich lässt sich als Aufsicht auch das „Setting" eines Gesprächs gestalten. Unternehmensvertreter haben als Erfolgsfaktor für einen konstruktiven Dialog eine „offene Gesprächsatmosphäre" angegeben.

3.4.2 Anerkennung der Ziele und Prioritäten des Gegenübers

Ein zweiter Kontext- und Erfolgsfaktor ist die Anerkennung der Ziele und Prioritäten des Gegenübers. Aufsichtsvertreter haben angegeben, sich durch mangelnde Akzeptanz des Datenschutzes und vor allem der Betroffenenrechte bei Unternehmen oft unverstanden zu fühlen. Nicht selten müsse man erst einmal für die Rolle des Datenschutzes und die damit verbundenen (grundrechtlich angelegten) Einschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit werben. Umgekehrt berichten Unternehmensvertreter über ein mangelndes Verständnis von Geschäftsmodell, Branche und wirtschaftlichen Folgen einer datenschutzrechtlichen Einschätzung. Manche Behördenvertreter brüskieren Unternehmen geradezu mit harten Aussagen wie „Umsatz ist kein Kriterium". In der Befragung sind die Unternehmensvertreter nachdrücklich dafür eingetreten, die Aufsichtsbehörden sollten in eine Erweiterung ihres wirtschaftlichen Know-hows investieren.

Ingesamt zeichnete sich das Bild ab, dass ein Dialog dann besonders gut funktioniert, wenn jede Seite auf die Prioritäten der anderen Seite eingeht. Dies nicht im Sinne einer Grundsatzdiskussion, sondern als Teil der Suche nach einer pragmatischen Lösung. Dieser Befund überrascht nicht, denn nicht anders verhält es sich in klassischen kooperativen Verhandlungssituationen. Erfolgsfaktor ist auch hier, Motive und Prioritäten des Gegenübers verstehen. Idealerweise kann jede Seite bereits Lösungen anbieten, beispielsweise die Aufsicht Maßnahmen, die sich wirtschaftlich für Unternehmen günstig darstellen, und die Unternehmen ihrerseits Konzepte zum Datenschutz und zum Schutze der Betroffenen.

3.4.3 Haltung der Gesprächsteilnehmer

Die meisten Antworten von Unternehmensvertretern auf die Frage, welches die Erfolgsfaktoren für einen konstruktiven Dialog mit der Aufsicht seien, bezogen sich in der einen oder anderen Form auf die Haltung und das Auftreten der Behördenvertreter. Positiv wurde wahrgenommen, wenn sachbezogen, lösungsorientiert, pragmatisch, vertrauensvoll, ohne „Vorverurteilung", „realitätsnah" und mit Bereitschaft, „eigene Denkmodelle einer Prüfung zu unterziehen", miteinander gesprochen wurde. Nachteilig hingegen wirkte sich die Haltung einer (wahrgenommenen) PR-Orientierung, einer dogmatischen „Blockadehaltung" und eines „exekutierten Subordinationsverhältnisses" aus.

Grundsätzlich wird man wohl sagen müssen, Unternehmen schätzen einen Dialog positiver ein, wenn sie bekommen, was sie wollen. Aber in der Gesamtschau der Kommentare zeigt sich, dass eine Haltung der Aufsicht, dem Unternehmen bei der Lösung der Probleme zu helfen (auch wenn dies nicht zu den Aufgaben der Aufsicht im klassischen Verständnis gehört), ein zentraler Faktor für einen zielführenden Dialog zu sein scheint.

Umgekehrt berichteten Aufsichtsvertreter, sie würden Unternehmensvertreter an der Frage messen, ob lediglich die eigene Position gegenüber der Aufsicht durchgesetzt werden solle, oder ob grundsätzlich die Bereitschaft bestehe, Änderungen am Produkt zur Verbesserung des Datenschutzes vorzunehmen. Mit anderen Worten ist es die Haltung der Unternehmensvertreter gegenüber Datenschutzverbesserungen, die die Aufsicht in einem Gespräch auf die eine oder andere Weise einstellt.

3.4.4 „Gleichbehandlung" im Wettbewerb

Unternehmensvertreter haben angegeben, sehr genau zu beobachten, wie die Aufsicht mit Wettbewerbern umgeht und welche Effekte dadurch im Wettbewerb erzeugt werden. Es stößt auf Unverständnis, wenn nicht gleichermaßen gegen einen Konkurrenten vollzogen wird. Insbesondere wurde Unmut über „negative Diskriminierung" geäußert, wenn Unternehmen außerhalb der Jurisdiktion im deutschen

Markt frei agieren könnten, während Unternehmen mit Sitz im Inland durch „Maximalpositionen der Aufsicht" blockiert seien. In der Umfrage zeigten sich die Wettbewerbseffekte als emotionaler wunder Punkt, auf den jedenfalls die Teilnehmer mit Konfliktbereitschaft reagierten. Auch wenn man als Behörde gesetzliche Defizite nicht korrigieren kann, so ist es dennoch eine Erwägung, wie man im Ansatz kooperative und datenschutzfreundliche Unternehmen nicht durch eine Wahrnehmung wettbewerbsverzerrenden Vollzugs verschreckt. Auch kann es zweckmäßig sein, Kriterien und Priorisierung im Vollzug transparent zu machen.

3.4.5 Vertrauen

Die Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens wurde in der Befragung von allen Seiten unterstrichen.[43] Haben die Vertreter der Aufsicht und die Unternehmensvertreter gegenseitiges Vertrauen gewonnen, laufen Abstimmungsprozesse und Austausch schneller und effektiver. Man kann offener reden und so Lösungsmöglichkeiten identifizieren. Vertrauen baut sich über die Zeit auf. Von Unternehmen wird Vertrauen an bestimmten Faktoren festgemacht: Wahrung der Vertraulichkeit, Verlässlichkeit der Aussagen (insbesondere Übereinstimmung von mündlichen und schriftlichen Aussagen), kein „Nachkarten" von Anforderungen an umzusetzende Maßnahmen, etwa bei der Erneuerung eines Gütesiegels. Die Behörden belohnen demgegenüber nach eigenen Angaben datenschutzfreundliches Verhalten im Allgemeinen durch einen „Abschlag" in der Sanktion bei Verstößen im Einzelfall. Für beide Seiten erscheint es daher zweckmäßig, langfristig angelegtes Vertrauen aufzubauen. Wichtig hierzu ist, dies wurde mehrfach von Teilnehmern betont, das *persönliche Gespräch*.

---

43 Zur Rolle des Vertrauens in regulatorischen Konversationen: Black, „Talking About Regulation", 313.

2. Kommunikationssituation #1: Dialog zur Orientierung und Vorfeldklärung

Die erste näher zu betrachtende Kommunikationssituation ist der Dialog zur Orientierung und zur abstrakten Klärung von Fragen im Vorfeld.

4.1 Status quo und Optimierungsbedarf

In einer Regulierungsperspektive, in der es der Datenschutzaufsicht darum geht, die datenverarbeitenden Unternehmen hin zu einem datenschützenden Verhalten zu steuern, liegt in den Gesprächssituationen, in denen die Unternehmen Orientierung von der Aufsicht suchen, eine große Chance. Die Aufsicht kann die Unternehmen mit ihren Botschaften erreichen, was nicht selbstverständlich ist. Vor allem aber können Probleme und Lösungen zu einem Zeitpunkt erörtert werden, zu dem die Produktentwicklung noch nicht abgeschlossen und Änderungen leicht implementierbar sind. In der Befragung berichteten Teilnehmer darüber, wie in Austauschgesprächen Probleme und Lösungen auf abstrakter Ebene identifiziert und dann von Unternehmen im Nachgang umgesetzt worden seien, etwa in Diskussionen auf dem Jour Fix „Telekommunikation" des BfDI[44] oder auf Veranstaltungen zum Thema Löschungsfristen. Zugleich besteht für die Aufsicht die Chance, Informationen über Unternehmen, Branchen oder Technologien zu erhalten, wenn sich die Unternehmensvertreter in einer abstrakten, vergleichsweise risikoarmen Gesprächsarena ein Stück weit öffnen.

In der Rolle der Aufsicht mag man Vorbehalte gegen solche Gesprächssituationen haben, in denen Motive und Interessen der Beteiligten nicht offengelegt sind und man sich zu einem gewissen Grade im Informalen und Unverbindlichen bewegt. Aber Unternehmen suchen Orientierung in jedem Fall, notfalls „zwischen Tür und Angel" (vgl. Tabelle 5).

Tabelle 5: Wie wichtig ist informaler Austausch?

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
3,25	2,50	3,25	3,50

Frage: „Informaler Austausch, z. B. in ‚Flurgesprächen' zwischen Referent und Unternehmensvertreter oder am Rande öffentlicher Veranstaltungen, ist eine wichtige Informationsquelle zur Klärung datenschutzrechtlicher Themen".
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

44 Zum Jour Fix „Telekommunikation" siehe Geppert/Schütz, § 115 TKG Rn 20.

Potenzial für eine Optimierung liegt entsprechend zum einen darin, mehr Anlässe für einen Dialog zur Orientierung zu schaffen. Zum anderen aber, diesen Dialog von informalen und nicht immer abschätzbaren Situationen in „Gesprächsarenen" zu verlegen, in denen die Regeln und Erwartungshaltungen klar sind.

4.1 Ansätze zur Gestaltung

In den Workshops der Innovationswerkstatt und in der Befragung sind eine Reihe von Ansätzen zur Optimierung eines Dialogs zu Orientierungszwecken erörtert worden.

4.1.1 Grundbedingungen

Gleichgültig in welcher Form: Für einen idealen Dialog zur Orientierung sind bestimmte Grundbedingungen formulierbar:

- *Konsens über die Abstraktheit.* Den gegenseitigen Bedenken zu den möglichen Folgen eines offenen Austauschs[45] ist Rechnung zu tragen. Teilnehmende Unternehmen dürfen keinen Zwang verspüren, Informationen offenzulegen, die sie nicht offenlegen wollen. Umgekehrt müssen die Unternehmen akzeptieren, und dies ist eindeutig klarzustellen, dass die Vertreter der Aufsicht ebenfalls nur über eine abstrakte Einschätzung, nicht über konkrete Vorgänge bei den Unternehmen sprechen und dass eine Aussage im Einzelfall bei Kenntnis des Sachverhalts abweichen kann. Die Beteiligten müssen, wie Juristen es gern ausdrücken, „ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage" sprechen und Gedanken austauschen können, ohne befürchten zu müssen, die Aussagen würden ihnen am nächsten Tag in einem Verfahren oder gar in den Medien vorgehalten.
- *Neutraler Grund.* Keine Partei eines Dialogs „auf Augenhöhe" sollte durch die Wahl des Ortes einen „Heimvorteil" erlangen können. Zu bevorzugen ist ein Austausch auf neutralem Grund.
- *Kontakt zu Politik/Gesetzgebung.* Zweckmäßig ist es, in einem gegenseitigen Austausch zur Orientierung Vertreter der Politik oder Beteiligte an Gesetzgebungsverfahren zu beteiligen, damit Erkenntnisse unmittelbar adressiert werden können.
- *Transparenz.* Ein Austausch zwischen Aufsicht und zu regulierenden Unternehmen darf nicht den Anschein erwecken, es komme zu einer Kungelei. Dies würde das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Aufsicht erschüttern. Trans-

---

45 Siehe S. 14ff.

parenz über den Austausch ist daher wichtig, die durch organisatorische Maßnahmen wie Darstellung in den Tätigkeitsberichten, offene mediale Darstellung, Protokolle und offenen Zugang für Interessierte sichergestellt werden kann.

4.1.2 Fachkonferenzen

Ein bereits jetzt häufig genutztes Format zur gegenseitigen Orientierung sind Fachkonferenzen und -diskussionen. Ein Teilnehmer hob beispielsweise die ULD-Sommerakademie[46] als eine der Veranstaltungen hervor, bei denen man sich als Unternehmen/Berater mit den Datenschützern austauschen könne. Bei der Veranstaltung 2013 seien die über 300 Tickets binnen weniger Tage ausverkauft gewesen. Andere Teilnehmer aus Unternehmen haben bestätigt, dass sie nicht nur wegen der Sachvorträge an Veranstaltungen teilnehmen, sondern um Orientierung über die Denkweise der Aufsichtsbehörden zu erlangen. Für die Arbeit der Aufsicht bedeutet das zweierlei: Zum einen sind die Gespräche auch am Rande von Fachkonferenzen in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzen; sie werden u. U. von Unternehmen gezielt als Gesprächsarena gewählt. Zum anderen ist zu erwägen, ob Branchenkonferenzen vielleicht ein noch in vermehrtem Maße einzusetzendes Mittel sind, um Botschaften an Unternehmen und Branchen zu kommunizieren.

4.1.3 Moderierter gegenseitiger Austausch

Ein ähnliches Format sind Veranstaltungen, bei denen sich Vertreter der Aufsicht und Unternehmen einer Branche über spezielle, aktuelle Themen der Branche austauschen. Der Vorteil solcher Formate liegt darin, dass nicht nur über abstrakte Rechtsfragen gesprochen werden kann, sondern, jedenfalls im Prinzip, mit konkretem Feedback auch über die Erfahrungswerte in der gemeinsamen Regulierungsbeziehung. Es liegt auf der Hand, dass eine Moderation durch Dritte in solchen Konstellationen hilfreich ist. Niemand muss dann Sorge haben, ein Gespräch könne im Streit eskalieren oder die Gesprächssituation werde durch eine Seite zum Nachteil der anderen geführt. Besonders wichtig ist hier Transparenz, um nicht den Eindruck zu erwecken, die Aufsicht werde von der Branche „eingefangen". Für einen solchen moderierten Austausch gibt es verschiedene Gestaltungsoptionen. Der Austausch kann in kleineren Workshops, auf größeren Runden auf Verbandsebene oder sogar institutionalisiert bei vermittelnden und neutralen Stellen angesiedelt sein.

---

46 Vgl. https://www.datenschutzzentrum.de/sommerakademie/2013 [21.03.2014].

4.1.4 Gezielte Ansprache von weiteren Personengruppen

Eine weitere Gestaltungsoption für einen Dialog zu Orientierungszwecken könnte darin bestehen, als Aufsicht gezielt den Kontakt zu bestimmten Personengruppen zu suchen, die datenschutzrelevante Tätigkeiten ausführen, typischerweise aber durch die üblichen Kanäle nicht oder nicht hinreichend erreicht werden. Dahinter steht die Überlegung: Sprechen in einem Dialog zwischen Aufsicht und Personen eigentlich immer die richtigen Personen miteinander?

In der Befragung wurde gezielt nach der Häufigkeit gefragt, mit der bestimmte Personengruppen oder Unternehmensfunktionen mit der Aufsicht in Kontakt treten (vgl. Tabelle 6).

Tabelle 6: Häufigkeit der Kommunikation mit Datenschutzaufsichtsbehörden

	Unternehmen	Aufsicht	Berater, Anwälte
Geschäftsführer/Vorstand	1,33	1,83	1,71
erweiterte Geschäftsführung/Senior Management	1,62	2,17	1,73
Sachbearbeitung/Referent	1,67	2,17	1,80
Rechtsabteilung	2,33	2,67	2,07
externe Rechtsanwaltskanzlei	1,70	2,17	2,31
betriebliche Datenschutzbeauftragte	2,33	3,00	2,36
politische Kommunikation/Public Affairs	1,42	1,83	1,43
Presseabteilung	1,18	1,67	1,40
Produktentwickler/Programmierer	1,17	1,83	1,29
Mitarbeiter von Stellen, die Polizeianfragen, strafprozessuale Auskunftsersuchen oder Telekommunikationsüberwachungsbeschlüsse bearbeiten	1,45	1,67	1,80
Berater (Datenschutzberater, Unternehmensberater)	1,22	2,33	2,14
(Nur bei Internet-Unternehmen mit Zentrale im Ausland) ein Vertreter aus der ausländischen Zentrale	1,50	2,00	1,60

Frage an Unternehmensvertreter: „Wie häufig kommunizieren die folgenden Ebenen oder Bereiche Ihrer Organisation mit Datenschutzaufsichtsbehörden?"
Frage an Aufsichtsvertreter: „Wenn Sie Kontakt zu Internet-Unternehmen haben: Wie häufig kommunizieren die folgenden Ebenen oder Bereiche dieser Unternehmen typischerweise mit Ihnen?"
Frage an Berater/Anwälte: „Wie häufig kommunizieren die folgenden Ebenen oder Bereiche der Organisation, die Sie überwiegend oder typischerweise vertreten, mit Datenschutzaufsichtsbehörden?"
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Nie") über 2 („Gelegentlich") bis 3 („Häufig"). Mittelwert berechnet ohne „Gibt es in meiner Organisation nicht".

Vergleichsweise häufig ist der Kontakt zwischen Aufsicht und Rechtsabteilungen/Anwälten sowie betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Andere Personengruppen mit Datenschutzrelevanz haben jedoch nur selten Kontakt mit der Behörde.

4.1.4.1 Produktentwickler/Programmierer

Die Befragung zeigt eine nur sehr geringe Kontakthäufigkeit mit *Produktentwicklern und Programmierern*. Dies überrascht insofern, als diese Personen diejenigen sind, die Datenschutz auf Produktebene implementieren können. Das Konzept der Privacy by Design[47] sieht vor, Produkte bereits in der Entwicklungsphase so zu gestalten, dass Datenschutz berücksichtigt, idealerweise auf tiefer Ebene im Produkt verankert wird. Die Personen, die dies leisten könnten, sind die Entwickler und Produktmanager. Werden sie nicht durch die Aufsicht zur datenschutzrechtlichen Optimierung der Produkte angehalten, vertraut man im Prinzip darauf, dies werde unternehmensintern durch die Rechtsabteilung oder betriebliche Datenschutzbeauftragte geleistet. Ob und in welchem Umfang dies tatsächlich der Fall ist, bedarf weiterer Erhebungen. Unternehmensvertreter und Anwälte kommentierten die gezielte Ansprache von bestimmten Personengruppen auf dem zweiten Workshop jedoch kritisch. Sign-off-Prozesse für Produktentwicklungen seien schon ohne Datenschutz höchst komplex und berücksichtigten eine Vielzahl von Themen. Daher bestehe ein Anreiz, die Abnahmeprozesse in der Entwicklung auf wesentliche Punkte zu konzentrieren und nicht durch eine detaillierte datenschutzrechtliche Prüfung zu überfrachten. Progammierung vollziehe sich zunehmend in kurzen, schnellen Abschnitten, die sich nicht für eine ständige Prüfung durch die Rechtsabteilung eigneten. Betriebliche Datenschutzbeauftragte, dort wo es sie überhaupt gäbe, könnten helfen, wenn sie im Unternehmen als Berater der Produktentwickler akzeptiert seien. Dies sei aber nicht immer der Fall, etwa wenn betriebliche Datenschutzbeauftragte unternehmensintern als betriebsratsähnliche Augen und Ohren der Aufsicht wahrgenommen würden, die man besser von relevanten Unternehmensprozessen isoliere.

Für die Datenschutzaufsicht kommt es daher in Betracht, aktiv den Kontakt zu Programmierern und Produktmanagern zu suchen und in datenschützendem Verhalten zu schulen. Denkbar wäre beispielsweise ein Veranstaltungsformat „How to ...", auf welchem die aktuellen technischen Verfahren zur Realisierung von Datenschutz (Wie kann man IP-Adressen nutzen? Wie kann man rechtskonform anonymisieren? Wie kann man Löschfunktionen implementieren?) erörtert werden. Ziel eines solchen Formats wäre es, Programmierern Lösungen an die Hand zu geben, die sie dann als Teil ihrer handwerklichen Arbeit ohne Weiteres verwenden können. Auch für die Aufsicht hätte ein solches Format Vorteile, weil hierdurch Informationen über den Stand der Technik gewonnen werden können.

---

47 Das Konzept „Privacy by Design" geht zurück auf die Arbeit des Information & Privacy Commissioners Ontario, vgl. http://www.privacybydesign.ca [21.03.2014]. Es ist im Kern vergleichbar mit dem im BDSG verankerten Prinzip des Systemdatenschutzes.

Unternehmensvertreter und Anwälte äußerten sich auf dem zweiten Workshop allerdings kritisch gegenüber einem solchen Vorschlag. Unternehmenintern habe man Sorge, Techniker ohne Supervision durch Juristen oder Kommunikatoren mit Vertretern der Aufsicht sprechen zu lassen. Techniker würden die Implikationen für laufende und zukünftige Verfahren nicht sehen und womöglich leutselig Informationen enthüllen, die man lieber intern gehalten hätte. Solchen Bedenken lässt sich Rechnung tragen, indem Techniker zusammen mit Juristen und/oder betrieblichen Datenschutzbeauftragten geladen werden und die Agenda in einer Weise gestaltet wird, die viel Raum für abgestimmte Präsentationen und wenig Raum für 1:1-Kommunikation eröffnet.

4.1.4.2 Gründer und Start-ups

Eine zweite Gruppe von Personen, für die eine gezielte Ansprache durch die Aufsicht erwägenswert ist, sind *Gründer und Mitarbeiter in Start-ups* mit datenschutzrelevanten Geschäftsmodellen. Ein Teilnehmer der Befragung machte darauf aufmerksam, dass Gründer selten über die Mittel für eine anwaltliche Datenschutzberatung verfügten. Auch sei nicht immer die Einsicht vorhanden, so etwas sei überhaupt notwendig. Über den tatsächlichen Grad der Datenschutz-Compliance von Start-ups gibt es bislang keine validen Zahlen. Britische Studien zu innerbetrieblichen Compliance-Systemen im Lebensmittelbereich haben allerdings gezeigt, dass vor allem kleine und mittelständische Unternehmen nicht von sich aus in Compliance-Prozesse investierten, sondern ausschließlich auf Vorgänge mit dem Regulierer reagierten. Sie sähen Compliance nicht als eine Daueraufgabe, sondern als etwas, das von Zeit zu Zeit mit dem Regulierer zu verhandeln sei.[48] Geschäftsführer kleinerer Unternehmen hätten nicht selten eine Wahrnehmung, mit den Gesetzen konform zu sein, solange ihnen nicht das Gegenteil erklärt werde.[49] Wenn dieser Befund auf Start-ups mit datenschutzrelevanten Geschäftsmodellen übertragbar ist – und das erscheint plausibel –, dann genügt auch hier nicht einfach nur eine gesetzliche Regelung. Vielmehr ist eine aktive Ansprache der Geschäftsführer erforderlich. Als Format für eine solche Ansprache kommen wieder Veranstaltungen, aber auch die Materialien in Betracht, die die Gründungsberatungen und Handelskammern für Existenzgründer zur Verfügung stellen. Soweit die Wirtschaftsförderung in ein Networking der Gründerszene investiert, besteht sogar schon ein organisatorischer Rahmen, in den datenschutzrechtliche Gründungsberatung eingefügt werden könnte.. Eine weitere Option wären „Law Clinics" nach Vorbild z. B. der Amsterdam International Law Clinic[50],

---

48 Fairman and Yapp, „Enforced Self-Regulation, Prescription and Conceptions of Compliance Within Small Businesses", 512-514.

49 Ibid., 512.

50 http://ailc.uva.nl [21.03.2014].

bei der Studierende der Rechtswissenschaft unter Aufsicht der Fakultät Rechtsfragen der Praxis gewissermaßen als Lernprojekt kostenlos beantworten.

4.1.4.3 Personen, die über die Herausgabe von personenbezogenen Daten entscheiden

Eine dritte Gruppe von Personen, für die eine gezielte Ansprache durch die Aufsicht in Betracht kommt, sind diejenigen *Mitarbeiter in Internet-Unternehmen*, die eine *Entscheidung* darüber zu treffen haben, ob personenbezogene Daten von Nutzern an Dritte herausgegeben werden müssen. Exemplarisch wurde nach der Kontakthäufigkeit zwischen Aufsicht und solchen Mitarbeitern gefragt, die unternehmensintern Ermittlungsanfragen der Polizei, Staatsanwaltschaften und Geheimdienste zu bearbeiten haben. Solche Mitarbeiter müssen Abwägungsentscheidungen treffen, ob Daten herausgegeben werden müssen oder können. Die rechtlichen Vorgaben eröffnen in diesen Fragen Spielräume. Auch unabhängig von der rechtlichen Betrachtung gibt es datenschutzfreundliches oder ermittlungsunterstützendes Verhalten, etwa wenn solche Mitarbeiter aufgrund ihrer Erfahrung der Polizei einen strafprozessualen Tipp geben, wie man besser an bestimmte Daten gelangen kann, oder wenn multinationale Unternehmen einen Ansprechpartner in Deutschland zur Verfügung stellen, obwohl sie risikolos auf diesen Aufwand verzichten könnten.

Solche Mitarbeiter stehen, wie die Stichprobe in der Befragung zeigt, kaum mit der Aufsicht in Kontakt. Die wenigen Fälle könnten sich dadurch erklären, dass in manchen Unternehmen diese Funktion organisatorisch dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten zugeordnet ist. Hält man diesem Befund die polizeiliche Kriminalstatistik entgegen, die für das Jahr 2012 allein in der engen Kategorie der Cyberkriminalität 63.959 erfasste Ermittlungsverfahren ausweist[51], wird deutlich, dass gegenüber den Ermittlungsbehörden eine wesentlich höhere Kontakthäufigkeit besteht. Für solche Mitarbeiter, die Entscheidungen im konkreten Fall zwischen zwei sich oft widerstreitenden Belangen des Datenschutzes und der Strafverfolgung zu treffen haben, könnte sich die Situation daher wie folgt darstellen: Die Perspektive der einen Seite wird durch laufenden, sich ständig wiederholenden Kontakt immer wieder in das Gedächtnis gerufen und verstärkt. Die Perspektive der Gegenseite hingegen könnte ohne Auffrischung stückweise in den Hintergrund treten. Die Regulierungswissenschaften kennen das Phänomen der „Capture".[52] Gemeint ist damit die unvorsätzliche/unbewußte Übernahme der Perspektive der Umwelt, in die man eingebettet ist.[53]

---

51 BKA Cybercrime Bundeslagebild 2012, S. 3, abrufbar unter http://www.bka.de/ nn_205994/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrimeBundeslagebild2012,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/cybercrimeBundeslagebild2012.pdf [21.03.2014].

52 Ogus, *Regulation – Legal Form and Economic Theory*, 57; Stigler, „The Theory of Economic Regulation".

53 Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 43ff.

Auch für die Mitarbeiter in Unternehmen, die im Spannungsfeld zwischen Strafverfolgung und Datenschutz handeln müssen, besteht durch eine ungleiche Kontakthäufigkeit die Gefahr der Capture, und zwar in einem gerade datenschutzrechtlich besonders sensiblen Bereich.

Ein Dialog könnte in diesem Bereich die Funktion haben, die *Perspektivenvielfalt der Entscheidungsträger zu erhalten*. Dieser Gedanke bedarf weiterer Erforschung und (psychologischer) Validierung. Aber von Zeit zu Zeit in einem Dialog die Handelnden an Zweck, Legitimation und Bedeutung des Datenschutzes zu erinnern, könnte möglicherweise einer Capture entgegenwirken. Das einfachste Mittel hierzu sind auf diese Zielgruppe zugeschnittene Fachveranstaltungen. Ähnlich wie bei einer gezielten Ansprache von Produktentwicklern, entscheidet auch hier ein neutrales, moderiertes und vertrauensförderndes Setting darüber, ob Unternehmen den jeweiligen Mitarbeitern die Teilnahme an der Veranstaltung gestatten.

5. Kommunikationssituation #2: Individuelle datenschutzrechtliche Beratung durch die Aufsichtsbehörden

Die individuelle Beratung von verantwortlichen Stellen ist in § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG den Aufsichtsbehörden als Aufgabe zugewiesen. Sie lässt sich als ein Baustein im Konzept der „Privacy by Design"[54] sehen. Anstatt reaktiv rechtsverletzende Datenverarbeitungsvorgänge zu korrigieren, ist es effektiver, datenschutzrechtliche Themen bereits in einer frühen Phase der Produktentwicklung zu lösen, so dass Produkte schon bei Marktstart datenschutzkonform sind und es gar nicht erst zu Rechtsverletzungen kommt. Für das System des Datenschutzes wäre es daher ideal, wenn es bereits bei Produktentwicklung zu einer Verständigung zwischen Aufsicht und Unternehmen käme.

5.1 Status quo und Optimierungsbedarf

In der Befragung lag ein Schwerpunkt auf der tatsächlichen Praxis der Beratung durch die Aufsichtsbehörden.

5.1.1 Nutzen einer Beratung durch die Aufsicht

In der Befragung wurde zunächst geprüft, ob die Teilnehmer einen Nutzen in der individuellen Beratung durch die Aufsicht sehen.

Die teilnehmenden Vertreter der Aufsicht haben dies eindeutig bejaht. Auf die Frage, ob es im Eigeninteresse von Unternehmen liege, die Aufsicht bereits vor Marktstart zu konsultieren, antworteten die Teilnehmer mit einem Durchschnittswert von 3,67 auf einer Skala zwischen 1 („Stimme nicht zu") und 4 („Stimme voll und ganz zu").

Im aktuellen Tätigkeitsbericht[55] bringt es der Präsident des Bayerischen Landesamtes für Datenschutz, Thomas Kranig, wie folgt auf den Punkt:

„Vielen verantwortlichen Stellen, Datenschutzbeauftragten oder bevollmächtigten Rechtsanwälten ist dabei ein Leitmotiv des BayLDA bekannt, lieber im Beratungsweg zu unterstützen und damit Datenschutzverstöße zu vermeiden, als repressiv dagegen vorgehen zu müssen."

Die Stimmen der Unternehmen und Berater/Anwälte hierzu sind – vor allem in den offenen Antworten – hingegen nicht einheitlich. Einige Unternehmensvertreter schilderten bei der Frage zu Best Practice-Beispielen Situationen, in denen man sich vorab mit der Aufsicht abgestimmt habe. Dieser Dialog sei von beiden Seiten als

---

54 Siehe die Nachweise bei FN 47.

55 5. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2011 und 2012, S. 11, abrufbar unter http://www.lda.bayern.de/lda/datenschutzaufsicht/lda_daten/dsa_Taetigkeitsbericht20112012.pdf [14.03.2014].

konstruktiv und hilfreich empfunden worden. Einige Stimmen betonten ausdrücklich, das Produkt sei im Ergebnis besser und kundenfreundlicher geworden. Auch hätten sich Lösungsoptionen erst im persönlichen Gespräch aufgetan. Andere Stimmen äußerten sich eher neutral und vertraten die Ansicht, es brächte dem Unternehmen im Grunde keine Vorteile, sich mit der Aufsicht abzustimmen, solange diese nicht einen bestimmten Aspekt beanstande. Reden könne man mit der Aufsicht dann immer noch. Schließlich gab es auch Teilnehmer, die (unspezifiziert) angaben, schlechte Erfahrungen in der Abstimmung mit der Aufsicht gemacht zu haben.

Dieses uneinheitliche Bild überrascht insofern, als es in einer idealen Welt auch im Interesse des Unternehmens liegt, datenschutzrechtlich erforderliche Maßnahmen zu einem frühen Zeitpunkt zu implementieren, was normalerweise kostengünstiger als eine nachträgliche Änderung ist.

Eine mögliche Erklärung hierfür könnte darin liegen, dass gegenüber der Abstimmung mit der Aufsicht der kalkulierte (mögliche) Verstoß gegen das Datenschutzrecht immer noch eine Option ist. Wenn es als sicher gelten könnte, dass der Marktstart mit einem datenschutzverletzenden Produkt größere Kosten oder Nachteile mit sich bringt, als sich vorab mit der Aufsicht über ein datenschutzkonformes Produkt zu verständigen, dann wäre eine rechtzeitige Beratung mit der Aufsicht für Unternehmen sicher von Nutzen. Solange man aber – in der eigenen Wahrnehmung – einen Marktstart mit einem möglicherweise datenschutzverletzenden Produkt riskieren kann, und sich dann erst bei Beanstandung mit der Aufsicht auseinandersetzt, bleibt der Kontakt zu der Aufsicht eine Kosten-Nutzen-Abwägung. Das regulierungswissenschaftliche Schrifttum hat – wie oben bereits ausgeführt[56] – schon sehr früh einen Zusammenhang zwischen einem zielführenden Dialog und der drohenden Sanktion im Hintergrund („heavy stick in the background") aufgezeigt, die den Dialog für Unternehmen gewissermaßen als das kleinere Übel darstellt.[57] Allerdings wurde in anderen Bereichen empirisch auch nachgewiesen, dass bei Weitem nicht alle Unternehmen rational Verstöße kalkulieren.[58]

In der Befragung kam ein Unmut über Vollzugsdefizite deutlich zum Ausdruck, und zwar gerade auch von Unternehmensvertretern. Diese nehmen anscheinend sehr genau wahr, welche „Schwierigkeiten" die Konkurrenz mit der Aufsicht bekommt. Bleibt ein Vollzug gegen die datenschutzverletzende Konkurrenz aus, entsteht leicht die Haltung, legitimerweise auch einmal einen möglichen Verstoß riskieren zu können.

---

56 Siehe S. 19.

57 Siehe S. 19.

58 Cohen, March, and Olsen, „A Garbage Can Model of Organizational Choice".

Überdies gibt es in der Befragung ein Indiz dafür, dass die *Positionierung der Aufsichtsbehörden* die Unternehmen geradezu in das Kalkül eines vorsätzlichen Verstoßes treibt. Mehrere Stimmen haben sinngemäß gesagt, die Aufsichtsbehörden würden mit Maximalforderungen und Extrempositionen auftreten. Es würde sich gar nicht lohnen, mit der Aufsicht zu sprechen, da ohnehin klar sei, dass man nicht zu einer Einigung gelangen würde. Ob dieser Zusammenhang wirklich auf breiter Basis zutrifft, bedarf weiterer Forschung.

Ein zweiter Faktor, der den Nutzen einer frühzeitigen Beratung für Unternehmen maßgeblich prägt, ist die im weiteren Sinne zu verstehende Problemlösungsfähigkeit der beratenden Aufsicht. Unter „Problemlösungsfähigkeit" verbirgt sich dabei eine ganze Reihe von Aspekten. Hierzu zählen etwa die Ressourcen und die Personalausstattung der Behörden, damit diese langwierige Beratungsgespräche leisten können. Ebenso zählen Sachkenntnis und Know-how dazu. Es ist eine Sache, rechtswidrige Datenverarbeitungen zu identifizieren. Es ist aber eine ungleich anspruchsvollere Aufgabe, positiv zu bestimmen, wie eine rechtskonforme Lösung für ein Unternehmen konkret aussehen könnte. Schließlich ist auch eine Haltung der operativ handelnden Vertreter der Aufsicht erforderlich, es gehöre zu ihren Aufgaben, dem Unternehmen bei der Lösung der Probleme zu helfen. Die Kommentare der Teilnehmer in der Befragung zeigen – wie angesichts des unterschiedlichen Rollenverständnisses der Aufsichtsbehörden zu erwarten – ein uneinheitliches Bild. Berichtet wird von bürokratischen, in unwilliger Haltung geführten und „weltfremden" Gesprächen ebenso wie von praxistauglichen, von erheblicher Sachkenntnis geprägten Beratungsgesprächen mit für beide Seiten erfreulichem Ergebnis.

Schließlich ist der individuelle Nutzen einer Beratung durch die Aufsicht auch abhängig von den Beratungsressourcen, die einem Unternehmen intern oder durch externe Berater zur Verfügung stehen. Ein mittelständisches Unternehmen, das sich das erste Mal über das Thema Datenschutz Gedanken macht, wird aus einer Beratung durch die Aufsicht einen wesentlich höheren Nutzen ziehen als ein multinationaler Konzern mit einem hochdekorierten Chief Privacy Officer nebst Stab.

Insgesamt wird man sagen müssen: Zielt man darauf ab, die frühzeitige Beratung und Abstimmung zwischen Unternehmen und Aufsicht zu incentivieren, dann sind die Sanktionen bei Verstößen (bzw. deren Wahrnehmung von der Eintrittswahrscheinlichkeit) sowie die „Problemlösungsfähigkeit" der Aufsichtsbehörden die Stellschrauben hierzu.

5.1.2 Negative Anreize

Für ein Beratungswesen durch die Aufsicht zeigten sich in der Befragung einige Probleme.

Aus der Sicht der Unternehmen wurde angegeben:

- Es könne riskant sein, die Aufsicht überhaupt auf das eigene Unternehmen aufmerksam zu machen und der Aufsicht Informationen über die eigenen Systeme/Datenverarbeitungsvorgänge zu liefern. Dies könnte sich später nachteilig auswirken. Eine Behörde „vergisst nicht".
- Insbesondere vor Markstart sei es riskant, Informationen an die Aufsicht zu geben, weil dadurch Informationen über das Produkt an die Öffentlichkeit gelangen könnten. Zu diesem Punkt wurden die Unternehmen/Berater/Anwälte gezielt befragt (vgl. Tabelle 7).

Tabelle 7: Sorge vor vorzeitigem Durchsickern von Informationen

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
3,00	–	3,38	2,67

Aussage: „Ich habe Sorge, die Aufsicht vor Marktstart eines Produktes einzuschalten, weil Informationen in den Markt durchsickern könnten".
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

Gegenüber dieser Wahrnehmung wurde auch eine Kontrollfrage gestellt, wie oft es tatsächlich vorgekommen sei, dass die Aufsicht die Vertraulichkeit gebrochen habe. Hier haben die Teilnehmer bestätigt, dass dies praktisch nicht vorkomme. Die Sorge vor einem Durchsickern mag unbegründet sein. Trotzdem ist eine Lösung notwendig, um den negativen Anreiz durch die falsche *Wahrnehmung* zu bekämpfen.

- Die Auskunft der Aufsicht sei in der Regel unverbindlich (vgl. Tabelle 8) und, wie es ein Teilnehmer ausdrückte, „mit zahlreichen Disclaimern versehen". Dies biete keine ausreichende Grundlage für interne kostenintensive Weichenstellungen.

Tabelle 8: Zufriedenheit mit Klarheit der Auskunft

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
2,40	3,33	2,00	2,67

Aussage: „Auf die Frage, ob ein bestimmtes Vorhaben „in Ordnung sei", gibt die für mich zuständige Aufsicht / gibt die Behörde, in der ich arbeite, eine klare Antwort".
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

Eine Stimme in der Befragung kommentierte, nicht selten unterscheide sich eine mündliche Aussage eines Vertreters der Aufsicht von der anschließend eingeforderten schriftlichen Stellungnahme.

- Die fehlende Verbindlichkeit im föderalen System mache eine Abstimmung mit der Aufsicht zu (kosten-)aufwändig. Wenn man sich nicht darauf verlassen könne, dass die Aufsicht aus einem anderen Bundesland die Lage nicht völlig anders einschätze, lohne sich der Aufwand für eine Abstimmung nicht. Ein Workshop-Teilnehmer berichtete, er betrachte es mittlerweile als Kunst und spezifisches Know-how, Datenschutzbehörden über einen neuen Vorgang in Kenntnis zu setzen. Man müsse wissen, welche Befindlichkeiten bestünden, wie welche Behörde reagiere, ob man besser mündlich oder schriftlich vorgehe, und wie man sicher sein könne, dass sämtliche relevanten Stellen tatsächlich Kenntnis erlangten.

Aus der Sicht der Aufsicht wurde angegeben:

- Häufig sei unklar, was eigentlich der Gegenstand der Beratung sein soll. Man werde als Aufsicht gebeten, bestimmte Vorgänge freizuzeichnen. Oftmals sei der Sachverhalt nicht (annähernd) aufgeklärt. Es führe zu Verstimmungen, wenn man als Aufsicht gründlich nachfrage.
- Sofern eine Koordinierung mit anderen Behörden geleistet werden müsse, könne das – so berichtete ein Teilnehmer – eigentlich nur in der Weise geschehen, dass der gesamte Vorgang bestmöglich dokumentiert und bearbeitet würde. Man müsse höchsten Ansprüchen für ein hypothetisches Verfahren genügen.
- Als Mitarbeiter in einer Aufsichtsbehörde wisse man einfach nicht, was man sagen darf und was nicht.

  Dieser Punkt wurde in der Befragung in der Wahrnehmung der Unternehmen/Berater bestätigt (vgl. Tabelle 9).

Tabelle 9: „Die Aufsichtsbehörden haben Angst, etwas falsch zu machen"

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
3,60	--	2,88	2,86

Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

5.2 Ansätze zur Gestaltung

Aus der Befragung und den Diskussionen auf den Workshops haben sich Ansätze zur Optimierung eines Beratungswesens durch die Aufsicht ergeben. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass solche Maßnahmen, wenn sie implementiert würden, nicht auf Anhieb einen großen Effekt erzielen dürften, sondern auf eine langfristige Verbesserung zielen. Instrumente der Überzeugung erfordern eine andere Regulierungskultur

als Instrumente des Zwangs[59], die aber erst wachsen muss. Sie hat aber wiederum keine Chance zu wachsen, wenn es nicht gesetzliche Grundbedingungen gibt.

5.2.1 Gesetzlicher Rahmen

Erwägenswert ist, der individuellen Beratung durch Aufsichtsbehörden mit einem gesetzlichen und verfahrensrechtlichen Rahmen klare Konturen zu geben. Mit einer gesetzlichen Ausgestaltung können Unternehmen dann erkennen, was sie von einer Beratung zu erwarten haben, was für Leistungen ihrerseits dafür erforderlich sind, wie die Beratung abläuft und was sie ggfs. kostet. Umgekehrt erhalten Vertreter der Aufsicht eine Richtschnur, was sie – jenseits informaler Gespräche – sagen dürfen und welche Folgen das hätte.

Für einen solchen Rahmen kann man drei Beratungssituationen unterscheiden:

1. Gegenstand einer Beratung kann erstens die *Klärung von datenschutzrechtlichen Einzelfragen* sein. Für solche Situationen gibt es ein Vorbild in den Regelungen des Vorbescheids im öffentlichen Baurecht (vgl. etwa § 63 HBauO). Die Regelungssachverhalte sind strukturell ähnlich. Ein Bauvorbescheid erlaubt es, einzelne baurechtliche Zweifelsfragen verbindlich vorab zu klären, bevor umfangreiche Planungskosten anfallen. Vergleichbar kann es im Interesse von Internet-Unternehmen liegen, datenschutzrechtliche Einzelfragen vorab verbindlich zu klären, bevor Entwicklungskosten anfallen. Ein solches Verfahren hat für Internet-Unternehmen nur dann einen Nutzen, wenn die Aufsicht verbindlich durch Verwaltungsakt entscheidet. Da Vorgänge im Internet sich naturgemäß bundesweit auswirken, muss das Verfahren auch einen straffen Beteiligungsmodus aller anderen Landesdatenschutzbehörden vorsehen, so dass die Antragsteller im Ergebnis erkennen können, ob sie ihr Produkt bundesweit einsetzen dürfen oder nicht.
2. Weitergehend kann zweitens die *umfassende datenschutzrechtliche Abnahme* eines Produkts Gegenstand einer Beratung sein. Diese Beratungssituation wird gegenwärtig unter dem Stichwort „Gütesiegel" diskutiert.[60] Die Anforderungen an die Verbindlichkeit und Koordination unter den Landesdatenschutzbehörden gelten hier umso mehr.
3. Im Gegensatz zu den Beratungssituationen mit einem konkreten Gegenstand kann es drittens aber auch zu *informalen Anfragen* bei den Behörden kommen. Man möchte als Unternehmen wissen, ob die Behörde nicht vielleicht eine Idee für eine Lösung hat, möchte nur mal wissen, ob die eigene Einschätzung der Rechtslage

---

59 Baldwin, Cave, and Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 274.

60 Vgl. die Nachweise in FN 2.

richtig ist, möchte sich „absichern" – dies alles schnell und spontan und ohne den Aufwand eines förmlichen Verfahrens. Als Gesetzgeber/Behördenleiter hat man die Wahl: Man kann solche informalen Gespräche unterbinden und – sofern diese Option besteht – auf ein förmliches Prüfungsverfahren verweisen. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Annahme realistisch ist, es werde dann nicht mehr zu solchen informalen Gesprächen auf Referentenebene kommen, wenn die Nachfrage der Unternehmen nach Informationen so groß ist, wie es sich in der Befragung dargestellt hat. Die Alternative ist, auch diese informalen Anfragen in einen möglichst geregelten Bereich zu kanalisieren. Gesetzlich könnte klargestellt werden, dass Auskünfte außerhalb der förmlichen Verfahren unverbindlich sind und weder Behörde noch Mitarbeiter für die Auskunft haften. Dies könnte den Effekt haben, dass die Mitarbeiter der Aufsicht ihr Know-how ohne Risiko den Unternehmen zur Verfügung stellen können.

Wenn mit einer Datenschutz-Grundverordnung die Sanktionen für Verstöße erheblich verschärft werden[61] und wenn es, wie die Unternehmen sagen, unabdingbar ist, die datenschutzrechtliche Einschätzung der Aufsicht zu kennen, dann sollte es auch Verfahren zur verbindlichen Abstimmung mit der Aufsicht geben, mit denen Unternehmen Verstöße vermeiden können. Sanktionen und Abstimmungsverfahren stehen in einem Zusammenhang.

5.2.2 Strukturelle Entkopplung von Aufsicht und Beratung

Die Befragung hatte gezeigt, dass ein zentraler negativer Anreiz gegenüber der Inanspruchnahme von Beratungsleistungen der Aufsicht die Sorge der Unternehmen war, der Aufsicht Informationen zukommen zu lassen, die später womöglich gegen das Unternehmen in Beanstandungsverfahren verwendet würden. Eine mögliche Lösung hierfür ist die strukturelle Entkopplung von Beratung und klassischer Aufsichtsfunktion. Auch hier gibt es schon Regelungsvorbilder.[62] Das European Privacy Seal[63] beispielsweise trennt bei der Vergabe des Siegels die Phase der Erörterung zwischen Unternehmen und unabhängigen, gleichwohl zertifizierten Sachverständigen von der Phase der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Die Trennung hat überdies den Vorteil, dass Unternehmen „gefahrlos" zunächst prüfen können, ob eine realistische Chance besteht, die Voraussetzungen des Siegels zu erfüllen.

---

61 Vgl. Art. 73ff. Entwurf Datenschutz-GV.

62 Vgl. auch die bislang allerdings ein Einzelfall gebliebene Entscheidung OLG Nürnberg BB 1984, 1252, in der das Gericht zur Wahrung von Vertraulichkeitsinteressen einen Sachverständigen zwischengeschaltet hat. Hierzu Sawang, *Geheimhaltung und rechtliches Gehör in Schiedsverfahren nach deutschen Recht*, 128

63 Siehe www.european-privacy-seal.eu [14.03.2014].

Zwischen dem notwendigen Kontakt zwischen Beratungs- und Aufsichtsfunktion einerseits und der Separierung der Informationen über die Unternehmen andererseits besteht ein Trade-off, der sich in abgestuften organisatorischen Varianten auflösen lässt. Gewissermaßen auf dem einen Ende der Skala ist die Beratung schlicht eine Abteilung unter dem Dach der Behörde; zwischen den Abteilungen gibt es „Chinese Walls", d. h. keinen Informationsfluss über individuelle Vorgänge. Auf dem anderen Ende der Skala wird die Beratung über externe Organisationen geleistet, die zertifiziert und besonders geschult sind und in ständigem Kontakt mit der Aufsicht stehen. Zwischenformen sind organisatorisch verselbstständigte Einheiten unter dem Dach der Aufsichtsbehörde.

Um die Risikowahrnehmung der Unternehmen zu senken, ist es ebenso wichtig, die organisatorische Trennung und die Vorsorge gegen einen unkontrollierbaren Gebrauch von Informationen aus der Beratung so zu kommunizieren, dass die Unternehmensvertreter diese Maßnahmen auch wahrnehmen.

5.2.3 Anonyme Anfragen und „Key Account" für Berater

Ein spezieller Ansatz für eine Verbesserung der datenschutzrechtlichen Orientierung zeigte sich in der Befragung für Berater und Anwälte. Diese Berufsgruppe wünschte sich in besonderem Maße die Möglichkeit, Zweifelsfragen mit der Aufsichtsbehörde abstimmen zu können, ohne die Identität des eigenen Mandanten oder das konkrete Produkt offenlegen zu müssen (vgl. Tabelle 10).

Tabelle 10: Wunsch nach Möglichkeit der anonymen Beratung

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
2,40	2,00	3,38	3,83

Aussage: „Es wäre für meine eigene Arbeit sinnvoll, wenn es regular die Möglichkeit gäbe, dass sich Unternehmen und Aufsicht „anonym" über datenschutzrechtliche Zweifelsfragen austauschen. Damit ist gemeint, dass ein Unternehmen oder Rechtsanwälte/Berater Fragen stellen können, ohne den Namen des Unternehmens und das konkrete Produkt zu benennen".
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

Befragte Anwälte berichteten, die Praxis der unterschiedlichen Landesdatenschutzbehörden sei hierzu ganz unterschiedlich und nicht selten von persönlichem Vertrauen abhängig.

Man mag in diesem Vorschlag den Wunsch von Anwälten sehen, ihr eigenes Haftungsrisiko für Falschberatung zu minimieren. Er hat seinen Grund aber jedenfalls auch in dem Umstand, dass es für eine angemessene Beratung nicht nur der Kenntnis des Datenschutzsrechts, sondern auch einer Kenntnis der Auslegung des Rechts durch die Behörden bedarf. Das Gesetz hat in § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG bereits den Nutzen der Beratung von verantwortlichen Stellen und betrieblichen Datenschutzbe-

auftragten erkannt. Anwälte und Datenschutzberater nehmen aber nicht selten die Beratungsfunktion ein, die nach dem Gesetz dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten zugedacht war, teilweise sogar als externe betriebliche Datenschutzbeauftragte. Es entspricht insofern dem Geist des § 38 BDSG, diesen Berufsgruppen ebenfalls Zugang zu der Beratungsleistungen der Aufsicht zu gewähren. Aus Sicht der Aufsicht kann dies positive Verbreitungseffekte haben, da diese Berufsgruppe in der Kommunikation als Multiplikator gegenüber einer Vielzahl von Mandanten wirkt. Die Anonymität des Mandanten ließe sich beispielsweise rechtlich dadurch begründen, dass auf diese Weise die Aufsicht im Sinne von § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG „mit Rücksicht auf die typischen Bedürfnisse" berät.

5.2.4 Verfahrensregeln zur Optimierung der Koordination

In der Befragung hat es eine Häufung von Kommentaren gegeben, die allesamt darauf abzielen, die Koordination unter den Datenschutzbehörden über das bestehende Maß hinaus noch weiter zu verbessern. So wurde angeregt, Verfahrensregeln für die Situation zu schaffen, in der ein Unternehmen die Behörden über ein Vorhaben informieren möchte. Idealerweise genüge es, wenn eine Behörde die Unterlagen empfange und es dann einen geordneten Verteiler gäbe, der eine rechtzeitige Information an alle Stellen, die mit dem Thema befasst sind, gewährleisten würde. Eine andere Stimme regte eine noch weitergehende Koordination mit einem One-Stop-Shop nach Vorbild der Kommission für Jugendmedienschutz[64] an. Mit diesem Vorschlag ist gemeint, ob die Koordination zwischen den Landesdatenschutzbehörden nicht (über den Düsseldorfer Kreis hinaus) dauerhaft institutionalisiert werden könne, so wie dies im Bereich des Jugendmedienschutzes mit der KJM gelungen sei.

Für Unternehmen ist es ein zentraler negativer Anreiz, sich für bundesweite Aktivitäten mit sämtlichen Datenschutzbehörden auf Landesebene abstimmen zu müssen. Man mag es zwar nicht als Aufgabe der Landesdatenschutzbehörden sehen, für eine One-Stop-Shop-Infrastruktur zu sorgen, die den Unternehmen Aufwand erspart. Aber Teilnehmer der Befragung äußerten sich dahingehend, dann würde man von einem Dialog mit den Behörden gänzlich Abstand nehmen. Dies legt nahe: Je mehr man durch gegenseitige Koordination über die schon bestehenden Maßnahmen hinaus Unternehmen davon entlastet, die Vielzahl von Behörden „managen zu müssen", desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, mit Unternehmen in Dialog und kooperative Regulierungsbeziehungen zu kommen.

---

64 www.kjm-online.de.

6. Kommunikationssituation #3: Klärung von Streitfragen in förmlichen Verfahren

Die dritte zu betrachtende Kommunikationssituation zwischen Datenschutzaufsicht und Unternehmen ist der datenschutzrechtliche Konflikt, der typischerweise bei Beanstandungen im Verwaltungsverfahren seinen Anfang nimmt.

6.1 Status quo und Optimierungsbedarf

In der gesetzlichen Konzeption des BDSG sind Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtsweg wie selbstverständlich der „Default-Modus" für die Klärung von datenschutzrechtlichen Konflikten.

6.1.1 Fehlende Klagekultur im Datenschutzrecht und Konfliktlösung im Verhandlungswege

Es ist bemerkenswert: Bei allen Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung und Anwendung des Datenschutzrechts, trotz des aus den Beiträgen in Fachzeitschriften ersichtlichen Meinungsspektrums und bei aller Kritik, die in den Medien gleichermaßen gegen Unternehmen und Aufsicht vorgebracht wird, kommen Klagen gegen die Aufsichtsbehörde so gut wie nicht vor.[65]

Als Grund hierfür haben die Teilnehmer der Befragung die Sorge der Unternehmen angegeben, sich in einer laufenden Regulierungsbeziehung mit einer Klage spätere Nachteile einzuhandeln (vgl. Tabelle 11).

Tabelle 11: Klage gegen Aufsicht riskant

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
2,90	3,83	3,83	3,00

Aussage: „Aus der Perspektive der Unternehmen ist es riskant, gegen die Aufsicht zu klagen. Dies könnte sich später rächen."
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

Auffällig ist hier die große Zustimmung der an der Befragung teilnehmenden Vertreter der Aufsichtsbehörden.

---

65 Vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Verwaltungsgerichte 2012, S. 32 (Datenschutz wird unter „Sonstiges" geführt). https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte2100240127004.pdf?__blob=publicationFile [14.03.2014].

Vollständig erklären lässt sich die mangelnde Klagekultur im Datenschutz damit allerdings nicht. In vielen Bereichen des Ordnungsrechts bestehen auf Dauer angelegte Aufsichtsbeziehungen, etwa im Gewerberecht, ohne dass eine abschreckende Wirkung auf das Klagevolumen ersichtlich ist.[66] Ein Teilnehmer bot als Erklärung an, im Datenschutz habe sich aufgrund der historischen Entwicklung eine Kultur des Nicht-Klagens entwickelt. Eine andere Stimme merkte sinngemäß an, anders als bei anderen Behörden bleibe ein Streit mit der Datenschutzaufsicht nicht „in der juristischen Arena", sondern werde leicht von den Medien aufgegriffen. Die Folgen einer medialen Auseinandersetzung seien aber so gravierend, dass in Unternehmen „die Presseabteilung niemals ein GO für eine juristische Auseinandersetzung gäbe".

Eine weitere Stimme äußerte die Hypothese, die mangelhafte Klagekultur sei im Grunde für das ganze System des Datenschutzes schädlich. Für Unternehmen wirke sie wie eine faktische Rechtsschutzverkürzung. Der Aufsicht fehle das Korrektiv durch die Gerichte. Dies aber habe zur Folge, dass bei den Behörden eine Haltung entstehe, sie selbst seien letzlich die einzig relevante Quelle des Datenschutzrechts. Diese Haltung wiederum führe zu zahlreichen Problemen in der Praxis, wenn bei Unternehmen die Wahrnehmung entstehe, die Aufsicht verschärfe die Datenschutzstandards über das gesetzliche Maß hinaus. All dies erzeuge eine Legitimationskrise des gesamten Systems, wenn in der Öffentlichkeit die Datenschutzaufsicht nicht als Rechtsvollzug, sondern als Stelle mit Eigeninteressen und Eigenpositionierung wahrgenommen werde. Überdies entwickele sich das Datenschutzrecht als Rechtsmaterie nicht weiter. Diese einzelne Stimme erlaubt keine Schlussfolgerungen, gibt aber Anlass, die geringe Rolle der Judikative im Datenschutz und deren Folgen weiter zu erforschen.

In diesem Zusammenhang wird der Bezug deutlich zu den oben geschilderten Problemen der asymmetrischen Information zwischen Aufsicht und Unternehmen und der unvermeidbaren Imperfektion von Normen.[67] Die Rechtsgrundlagen sind vage und eröffnen mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen, Generalklauseln und Ermessensvorschriften Spielräume. Mechanismen, die diese Informationen normalerweise bereitstellen, beispielsweise untergesetzliche Regeln oder die Entwicklung aus der Rechtsprechung zu einer Vielzahl von Fällen (wie man es beispielsweise aus dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb kennt), existieren im Datenschutzrecht nicht oder liefern keine Resultate. Dieses Vakuum füllen die Beteiligten durch Dialog.

Wenn aber nicht geklagt wird, wie werden Streitfragen dann gelöst? Es mag sein, dass die Aufsicht das Datenschutzrecht mit Zwangsmaßnahmen durchsetzt. Es mag

---

66 Vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Verwaltungsgerichte 2012, S. 32.

67 Siehe S. 12ff.

sein, dass Fragen zwischen den Beteiligten offengelassen werden. Die Befragungsergebnisse legen allerdings nahe: informaler Kontakt, kurzer Dienstweg, der Austausch auf Referentenebene sind zentrale Faktoren für die Konfliktlösung (vgl. Tabelle 12). Diese informale Ebene, so berichtete ein Teilnehmer sinngemäß, erlaube es, sich außerhalb der formalen Positionen über mögliche Lösungsmöglichkeiten auszutauschen. In „inoffiziellen" Gesprächen könne man von „offiziellen" Positionen zeitweise Abstand nehmen.

Tabelle 12: Bedeutung eines informellen Kontakts bei Beanstandungen

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
3,80	3,50	4,00	3,86

Aussage: „Informaler Kontakt bzw. der kurze Dienstweg auf Sachbearbeitungsebene ist für meine Arbeit sehr wichtig." Diese Frage wurde in Zusammenhang mit der Kommunikationssituation „Beanstandung eines Datenverarbeitungsvorgangs" gestellt.
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

In der Befragung wurde der Annahme nachgegangen, zwischen Aufsicht und Unternehmen komme es zu einer *Verhandlungssituation*, in der Streitfragen auf dem Verhandlungswege geklärt würden (vgl. Tabelle 13).

Tabelle 13: Aushandelbarkeit der Entscheidung der Aufsichtsbehörden

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
2,90	3,17	2,83	2,86

Aussage: „Unternehmen und Aufsicht ‚verhandeln' miteinander. Das bedeutet, man gelangt zu einer Lösung durch gegenseitiges Geben und Nehmen."
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

Die Werte liegen ziemlich genau auf dem Mittelwert. Dies ist ein signifikantes Ergebnis. In einer klassischen Rolle der Aufsicht, die im grundrechtsrelevanten Bereich die individuellen Belange von Betroffenen durchsetzt, dürfte es Spielräume für Verhandlungen im Prinzip gar nicht geben. Eine Erklärung für diesen Befund könnte in unterschiedlichen Regulierungsstilen der Behörden liegen. Eine andere mögliche Erklärung ist, dass man sich in der Datenschutzaufsicht einem Handlungsmodus annähert, den die Regulierungswissenschaften „Optimale Rechtsbefolgung (optimal compliance)" nennen.[68] Gemeint ist damit eine Strategie zur Rechtsdurchsetzung, die

68 Ogus, *Regulation – Legal Form and Economic Theory*, 95f.

den Unternehmen gewisse Handlungsspielräume eröffnet, im Ergebnis aber auf einen Compliance-Level abzielt, der über dem liegt, was sich durch striktes formales Enforcement erreichen ließe. In einer Strategie des „optimal Enforcements" erkauft man sich mit einem „Geben" in für die Aufsicht weniger wichtigen Bereichen eine höhere Compliance in wichtigen Bereichen.

Gestützt wird letztere Annahme durch die Antworten zu der Frage, ob die Aufsicht datenschutzkonformes Verhalten belohne (vgl. Tabelle 14).

Tabelle 14: Aufsichtsbehörden belohnen datenschutzkonformes Verhalten

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
3,70	3,50	2,67	2,86

Aussage: „Wenn man als Unternehmen weitgehend datenschutzkonform handelt, zeigt sich die Aufsicht bei einzelnen Vorgängen deutlich flexibler."
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

In Verhandlungen ist es eine übliche Taktik, mit einer Maximalposition in die Verhandlung zu gehen und sich dann anschließend auf ein immer noch akzeptables Ergebnis herunterhandeln zu lassen. Die Teilnehmer in der Befragung wurden danach gefragt, ob es sich für sie lohne, mit einer Maximalposition in eine datenschutzrechtliche Auseinandersetzung zu gehen. Diese Fragestellung ist insofern nicht unproblematisch, als es im Datenschutz nicht um Zahlen oder Preise geht, sondern um die Auslegung von Normen und die daraus resultierenden Handlungspflichten. Die Frage wurde dennoch gestellt, weil bereits in Vorgesprächen Kritik an der Aufsicht geäußert wurde, die Behörden würden mit überzogenen Positionen in die Öffentlichkeit gehen (vgl. Tabelle 15); auch in den offenen Antworten der Umfrage wurden ähnliche Kommentare abgegeben.

Tabelle 15: Maximalforderungen als Ausgangssituation im Dialog zahlen sich aus

Unternehmen	Aufsicht	Datenschutzberater	Rechtsanwälte
2,80	1,83	2,33	2,71

Aussage: „Für mich zahlt es sich normalerweise aus, mit ‚Maximalforderungen' in einen Dialog zu gehen."
Die zugrundeliegende Skala reichte von 1 („Stimme nicht zu") über 2 („Stimme eher nicht zu") und 3 („Stimme eher zu") bis 4 („Stimme voll und ganz zu"). Mittelwert berechnet ohne 5 („Kann ich nicht sagen").

An dem Ergebnis fällt auf, dass – entgegen den Kommentaren von Teilnehmern – Behördenvertreter in viel geringerem Maße als Unternehmen davon ausgehen, eine auf Maximalforderungen basierende Strategie zahle sich für sie aus. Man mag sich

die hier nicht weiter zu verfolgende Frage stellen, wer in einer Verhandlungssituation, in der Maximalforderungen aufeinanderprallen, eigentlich mit diesem Spiel beginnt. Unabhängig davon ist die Wahrnehmung der Unternehmen aber ein Kontextfaktor, mit dem die Aufsicht umgehen muss. Unternehmen reagieren möglicherweise mit einer „Verhandlungsstrategie". Man tritt ebenfalls mit Maximalpositionen auf, um dann später als Verhandlungsergebnis auf ein vernünftiges Maß zu kommen. Zugleich suchen Unternehmensvertreter informale Gesprächssituationen auf Referenten-Ebene, und zwar mit der Erwartungshaltung, der Referent könne offener sprechen und jedenfalls zeitweise von der „offiziellen Position" abweichen. Andere Unternehmensvertreter haben angegeben, wenn die Aufsicht mit Maximalforderungen antrete, sähe man ohnehin keinen Sinn mehr in Gesprächen. Anwälte haben bestätigt, dass sie Unternehmen bei der Standortwahl in Deutschland danach beraten, welche Landesdatenschutzbehörde einem konstruktiven Dialog und pragmatischen Lösungen gegenüber offen stehen.

6.1.2 Die Folgen der Pressearbeit für die Klärung von Streitfragen

Einen großen Stellenwert in der Befragung nahm die Medienberichterstattung über datenschutzrechtliche Konflikte zwischen Aufsicht und Unternehmen ein, obwohl danach überhaupt nicht gezielt gefragt worden war. Die Medienberichterstattung wurde als eine Situation geschildert, in welcher der Konflikt eskaliert und der Weg für eine einvernehmliche Klärung im Grunde verbaut wird.

Vertreter von Unternehmen äußerten sich in der Befragung kritisch gegenüber der Pressearbeit von Aufsichtsbehörden. Die Folgen der Pressearbeit seien:

- Unternehmen würden von Klagen absehen, wenn das Presserisiko oder die Angst vor „medialer Vergeltung" zu groß sei. Auch allgemein würden sich Unternehmen gegenüber der Aufsicht „unfreier" verhalten, weil man nicht abschätzen könne, was letztlich an die Öffentlichkeit weitergegeben werde.
- Sei ein Vorgang erst einmal in der Presse, sei eine Einigung im Prinzip ausgeschlossen. Medien berichteten stets in einer Weise, die den Konflikt zwischen den Beteiligten akzentuiere. Dies wiederum vergifte die Gesprächsatmosphäre. Zudem würden sich die Aufsichtsvertreter in den Botschaften an die Medien an Maximalpositionen orientieren. Dies wiederum erschwere einen Kompromiss.
- Sei eine Position der Aufsicht oder des Unternehmens erst einmal in den Medien verbreitet, bestünde kaum noch Handlungsspielraum, weil niemand von dieser Position mehr abrücken könne – dies würde in den Medien als Schwäche gebrandmarkt. Man würde dann gewissermaßen „zum Getriebenen" der eigenen Pressearbeit.

- Gelänge es dennoch, eine für beide Seiten akzeptable Lösung zu finden, bestehe die Gefahr, dieser Kompromiss werde in der Außenwahrnehmung „als Kungelei verrissen". Dies mache eine konstruktive Lösung in der nächsten Sache unwahrscheinlicher. Es entwickle sich eine Art Teufelskreis.
- Die Folgen medialer Berichterstattung seien oft unkalkulierbar und würden Unternehmen härter treffen als beabsichtigt. Gezielte Pressearbeit richte sich nicht (nur) gegen einzelne Mitarbeiter, sondern auch gegen die gesamte Unternehmensorganisation, die hierauf u. U. emotional reagiere. Eine Eskalation über die Medien sei eine zuweilen drastische Sanktion mit externen Effekten, die genauso wie eine drastische rechtliche Sanktion eine Konfliktstufe darstelle, von der man womöglich nicht mehr so schnell in kooperative Bahnen gelangen könne.

Ein Teilnehmer berichtete über die Verletzung von journalistischen Regeln durch die Aufsichtsbehörde (Verwendung von Originalzitaten ohne Genehmigung). In der Online-Befragung wurde über eine besonders harsche Presseerklärung mit der Headline „Facebook sucks"[69] berichtet. Derartige Provokationen schadeten der Reputation der Aufsicht und vereitelten unternehmensintern eine Bereitschaft zur Einigung. Geschildert wurden auch unkontrollierte Streueffekte medialer Berichterstattung; es lasse sich kaum steuern, wer zu welchem Zeitpunkt über welche Sachverhalte berichtet.

Berichtet wurde auch über ungewöhnliche Zeitpunkte von Presseerklärungen, teilweise (angeblich) vor Aufklärung eines Sachverhalts.

Pressearbeit, oder besser: strategische rechtsbegleitende Kommunikation[70], findet aber nicht nur von Aufsichtsbehörden in Richtung missliebiger Unternehmen statt, sondern auch in umgekehrter Richtung. Auf die an Vertreter der Aufsicht gerichtete Frage, wie häufig Internet-Unternehmen gezielt in den Medien Stimmung gegen sie und/oder ihre Organisation machten, lautete die Antwort im Mittelwert „etwa zwei bis fünf Mal im Jahr".

6.2 Ansätze zur Gestaltung

Für eine Optimierung der Klärungspfade für datenschutzrechtliche Streitigkeiten zeigen sich zwei Zielrichtungen. Man könnte versuchen, den Sorgen zu begegnen, in einer laufenden Regulierungsbeziehung den Klageweg zu bestreiten. Zudem könnte ein Ziel sein, bei einer Medieneskalation nicht „die Türen für eine Einigung zufallen

---

69 Presseerklärung des ULD vom 26. Mai 2012, „Facebook sucks – objection still and again necessary", https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20120516-facebook-sucks.htm [14.03.2014].

70 Vgl. hierzu Rademacher and Schmitt-Geiger, *Litigation-PR: Alles was Recht ist – Zum strategischen Stand der Rechtskommunikation*; Boehme-Neßler, *Die Öffentlichkeit als Richter?*

zu lassen". Letzteres ist auch für die Arbeit der Aufsicht von Bedeutung: Unter Compliance-Gesichtspunkten und in dauerhaften Regulierungsbeziehungen sind im Dialog erarbeitete „win/win-Lösungen" gegenüber von Gerichten getroffenen Regelungen vorzugswürdig.

6.2.1 Pressearbeit während laufender Verfahren

Rechtlich spricht im Prinzip nichts dagegen, sich auch während laufender Verfahren auszutauschen und sich über die Kommunikation gegenüber den Medien abzustimmen – sofern dies gewünscht ist. Vertreter der Aufsicht berichteten hingegen darüber, dass nicht selten jegliche Kommunikation mit einem Unternehmen abbreche, sobald ein förmliches Verfahren eingeleitet werde. Eine mögliche Erklärung hierfür könnte in der Verfahrensführung externer Rechtsanwälte liegen, die mit Mandatserteilung *lege artis* auf einer Steuerung sämtlicher Kommunikation mit der Gegenseite bestehen. Aber dennoch ist es grundsätzlich möglich, sich auch während laufender Verfahren Räume zu schaffen, in denen ohne Sorge vor einer medialen Verbreitung Gespräche geführt werden könnten. Ein (befristeter) Verzicht auf Information der Medien findet seine Grenzen dort, wo eine Pflicht der Aufsicht zur Information an die Öffentlichkeit[71] besteht, und in Anfragen von Journalisten[72], die ein berechtigtes Informationsinteresse geltend machen können.

Zu erwägen ist, in welchem Umfang die Pressearbeit der Aufsichtsbehörde für Unternehmen berechenbarer gestaltet werden kann. Bereits oben wurde erörtert[73], dass eine Eskalation berechenbar, strategisch und überdies zur richtigen Zeit eingesetzt werden muss, so dass das Unternehmen die Entscheidung treffen kann, Kooperation im Dialog sei die bessere Option. Ziel dabei ist es, Medienarbeit als Eskalationsstufe und Anreiz für einen Dialog zu erhalten und zu verhindern, dass die zuständige Aufsicht ihren Eskalationspfad nicht durch unbedachte Kommunikation Dritter zur Unzeit verliert. Beispielsweise könnten die Aufsichtsbehörden gemeinsame Grundsätze für eine Presse- und Medienarbeit formulieren.

Der eigentliche Hebel zur Bewältigung der Probleme, die durch eine strategische Pressearbeit der Aufsichtsbehörden entstehen können, ist jedoch das rechtliche Sanktionsinstrumentarium der Aufsicht. Nur in Ermangelung wirksamer und angemessener rechtlicher Sanktionsmöglichkeiten, inbesondere gegenüber Firmen außerhalb

---

71 Allgemein hierzu Gusy, „Verwaltung durch Informationen – Empfehlungen und Warnungen als Mittel des Verwaltungshandelns".

72 Vgl. hierzu Schnabel, „Auskunftsansprüche für Journalisten nach Landespressegesetzen und Informationsfreiheitsgesetz"; grundlegend Caspar, „Informationsfreiheit, Transparenz und Datenschutz".

73 Siehe S. 19.

des eigenen Zuständigkeitsbereiches, greifen Aufsichtsbehörden zu einer Medieneskalation als „heavy stick in the background".[74]

6.2.2 Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution - ADR)

Der Befund gibt Anlass, über alternative Klärungspfade für datenschutzrechtliche Zweifelsfragen nachzudenken. In Betracht kommen alternative Streitbeilegungsmodelle mit in sich unzähligen Gestaltungsvarianten.[75]

Die wesentlichen Formen sind:

- *Schiedsverfahren.* In einem Schiedsverfahren vereinbaren die Parteien durch eine Schiedsgerichtsabsprache, dass ein privat beauftragtes, nicht-staatliches Schiedsgericht über einen Konflikt entscheidet.[76] Üblicherweise orientiert sich das Schiedsgericht an den staatlichen Verfahrensordnungen.
- *Schiedsgutachten.* Die Parteien schließen hierzu einen Vertrag, der eine privat zu erfolgende Begutachtung einer zuvor abgestimmten Frage durch einen gemeinsam bestellten Sachverständigen zum Gegenstand hat.[77]
- *Mediation.* Mediation ist ein Streitschlichtungsverfahren, bei dem zwei oder mehrere Streitparteien mithilfe eines fachlich ausgebildeten neutralen Dritten (Mediator) auf freiwilliger Basis versuchen, eine Vereinbarung über die Lösung des Konflikts zu erzielen.[78]

Das öffentliche Recht kennt die Beteiligung öffentlicher Stellen an ADR-Verfahren kaum.

Schiedsverfahren unter öffentlicher Beteiligung finden zumeist auf internationaler Ebene statt.[79] Ob und ggfs. in welchem Umfang sich eine öffentliche Stelle verbindlich einem privaten Schiedsspruch unterwerfen kann, ist rechtlich nicht ausreichend geklärt. Zwar sind Schiedsverfahren in §§ 168 Abs. 1 Nr. 5 und § 173 S. 2 VwGO erwähnt. Jedoch bestehen verfassungsrechtliche Bedenken, ob der Staat seine hoheit-

---

74 Siehe S. 19.

75 Vgl. zum vergleichbaren Problem des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen von Regulatory Agencies im US-System: Breyer, *Regulation and Its Reform*, 361.

76 Ulrich und Vogt, „Mediation in Der Praxis – Teil 1: Alternative Streitlösungsmodelle und Grundzüge der Mediation", 218.

77 Ibid., 219.

78 Vgl. auch §3a Satz 1 der Mediationsrichtlinie 2008/52/EG. Zu den Varianten der Mediation Ibid., 220f.

79 Zum Beispiel das internationale Verständigungs- und Schiedsverfahren in Steuersachen, BStBl I 97, 717. Vgl. aber das Mediationsverfahren in der Bauleitplanung gemäß § 4 b BauGB, hierzu Battis, „Mediation in der Bauleitplanung".

liche Entscheidungsbefugnis im Rahmen eines Schiedsverfahrens aus der Hand geben darf. Die Grenzen einer Bindung der Verwaltung in Schiedsverfahren sind Gegenstand eines laufenden Forschungsprojekts des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.[80] Eine Grenze für Schiedsverfahren im geltenden Datenschutzrecht sind jedenfalls die Betroffenenrechte, für die nach Art. 22 Datenschutz-Richtlinie[81] der Rechtsweg zu den Gerichten nicht abgeschnitten werden kann.

Weniger problematisch erscheint die Form des Schiedsgutachtens, jedenfalls wenn sie sich auf Beweisfragen bezieht. Als Instrument der Streitbeilegung eignen sich Schiedsgutachten normalerweise aber nur für eng begrenzte, nicht komplexe, oftmals technische Streitfragen.[82]

Die Mediation ist schließlich eine Form, die im Schrifttum zunehmend Beachtung findet[83], weil sie in der Handlungslogik eines kooperativen Verwaltungsstils („collaborative governance"[84]) liegt.[85] Die Bedenken gegen ein Schiedsverfahren gelten für Mediation nicht, da Mediation stets für alle Beteiligten freiwillig bleibt und sich die öffentliche Stelle nicht verbindlich der Regelung eines Dritten unterwirft.[86] Die öffentliche Stelle gerät durch Teilnahme an einer Mediation nicht in Konflikt zu der eigenen Bindung an das Gesetz.[87] Die Verhandlungsspielräume, die Gegenstand

---

80 Siehe http://www.mpil.de/de/pub/forschung/forschung_im_detail/projekte/rvgl_im_oeffentl_recht/offentlich_rechtliche_schiedsg.cfm. Siehe hierzu auch: Schill, „Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko", 1013.

81 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, Amtsblatt Nr. L 281 vom 23/11/1995 S. 0031-0050.

82 Ulrich und Vogt, „Mediation in der Praxis – Teil 1: Alternative Streitlösungsmodelle und Grundzüge der Mediation", 219.

83 Rossen-Stadtfeld, „Gesetzesvollzug durch Verhandlung – Kann der Verwaltungsrichter von der Verwaltung lernen?"; Pitschas, „Mediation als kollaborative Governance"; Battis, „Mediation in der Bauleitplanung"; Seibert, „Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung"; Härtel, „Mediation im Verwaltungsrecht"; Holznagel und Ramsauer, „Mediation im Verwaltungsrecht"; Rossen-Stadtfeld, „Die verhandelnde Verwaltung – Bedingungen, Funktionen, Perspektiven"; Rüssel, „Mediationsverfahren im Öffentlichen Bereich"; Seok und Ziekow, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor; Zepf, „Mediation im Schatten des Leviathan oder das Verhältnis zwischen hoheitlichem Handeln und Mediation"; Ziekow, „Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Möglichkeiten der Implementation und rechtliche Folgerungen".

84 Dieser Begriff geht zurück auf Freemann, „Collaborative Governance in the Administrative State".

85 Pitschas, „Mediation als kollaborative Governance"; Rossen-Stadtfeld, „Gesetzesvollzug durch Verhandlung – Kann der Verwaltungsrichter von der Verwaltung lernen?", 363ff.

86 Beispielsweise in Nordrhein-Westphalen bieten die Verwaltungsgerichte Mediation an, hierzu Seibert, „Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung", 365.

87 Pitschas, „Mediation als Kollaborative Governance", 336.

einer Mediation sein können, sind durch unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln, Ermessen der Aufsicht nach den Opportunitätsprinzip sowie in den Fragen der Konkretisierung der technischen und organisatorischen Maßnahmen (§ 9 BDSG) eröffnet.[88]

Für das Datenschutzrecht liegen in der Mediation besondere Chancen. Sie kann dazu dienen, den Dialog als Mechanismus zur Verständigung über eine Normausssage aus den informalen Gesprächssituationen hinaus in eine transparente und geregelte „Gesprächsarena" zu überführen. Eine in transparentem Verfahren gewonnene und veröffentlichte Mediationsentscheidung hat mehr Legitimität als eine informale Verständigung in dem in der Befragung zum Ausdruck gekommenen Muster. Gegenüber dem normalen Rechtsweg könnte eine Mediation für beide Seiten gesichtswahrend ablaufen und von der Sorge befreien, einen solchen Weg zu beschreiten, werde sich später in einer laufenden Regulierungsbeziehung „rächen". Zugleich bestünde ein Kompensat für das Defizit in der Weiterentwicklung und Auslegung des Datenschutzsrechts durch die Gerichte.

Ein Workshop-Teilnehmer kritisierte diesen Vorschlag. ADR sei keine Konfliktlösung, sondern Konfliktvermeidung. Dem Datenschutzrecht werden ebenfalls nicht gedient, da die auf diese Weise gewonnenen Entscheidungen nur *inter partes* wirkten und sich das Datenschutzrecht damit nicht weiterentwickle.

Dabei wird jedoch verkannt, dass auch rechtlich nicht allgemeinverbindliche Entscheidungen eine gewisse faktische Bindungswirkung entfalten und durchaus auch von Gerichten anerkannt werden. Dieser Effekt konnte beispielsweise bei unverbindlichen Codes of Conducts belegt werden, die Gerichte im Rahmen ihrer gesetzlichen Spielräume als Regelungsmodell mit Richtigkeitsvermutung verwendet haben.[89] *Pitschas* beschreibt die eigentlichen Wirkungszusammenhänge der Mediation im Verwaltungsrecht als „Rechtsbindung im Werden".[90]

Durch eine nähere Ausgestaltung eines Mediationsverfahrens ließe sich maßgeschneidert auf die Institutionenlandschaft im Datenschutz eine Reihe von praktischen Problemen lösen. Beispielsweise könnte durch Beteiligung der Landesdatenschutzbehörden Rechtssicherheit durch bundesweit geltende Aussagen herbeigeführt werden. Auch die Probleme im Zusammenhang mit einer Medieneskalation lassen sich

---

88 Zu dem Parallelfall der Mediation von Bußgeldbescheiden Zepf, „Mediation im Schatten des Leviathan oder das Verhältnis zwischen hoheitlichem Handeln und Mediation".

89 Hirsch, „Going Dutch? Collaborative Dutch Privacy Regulation and the Lessons It Holds for U.S. Privacy Law'.

90 Pitschas, „Mediation als kollaborative Governance", 337.

über eine Verfahrensabsprache (im gesetzlichen Rahmen) lösen oder jedoch wenigstens ein Stück weit berechenbarer gestalten.

Insgesamt stellt es eine Option dar, im hierfür besonders geeigneten Datenschutzrecht mit dem Instrument der Mediation zu experimentieren und Praxiserfahrungen zu sammeln. Organisatorisch ließen sich Mediationsverfahren in bereits bestehende Institutionen für Mediationsverfahren einbinden.[91]

---

91 Vgl. z. B. Dispute Resolution Hamburg.com, http://www.dispute-resolution-hamburg.com/de [21.03.2014].

7. Die Kehrseite des Dialogs: Unbewusste Perspektivenübernahme

Dialog zwischen Unternehmen und Aufsicht hat, wie sich gezeigt hat, viele Vorteile. Dialog hat aber auch Risiken. Im regulierungswissenschaftlichen Schrifttum[92] wird auf zwei Gefahren hingewiesen: Kommt es zu einer Situation, in der Dialog überproportional mit großen Firmen mit ausgebildeten Lobbyabteilungen geführt wird, könnte dies zu einer (unbewussten) Perspektivenübernahme zulasten des Mittelstandes und womöglich auch der Betroffenen führen. Überdies haben mehrere Studien gezeigt, dass in geschlossenen regulatorischen Systemen mit engem, auf Dauer angelegten Kontakt die Performance-Standards sinken können (sog. Challenger-Effekt[93]). Angesichts solcher Risiken stellt sich die Frage, ob aus übergeordneter Perspektive eine *Steuerung und Transparenz* des Dialogs zwischen Unternehmen und Aufsicht angezeigt sei.

Diese Sorgen wurden von den Teilnehmern des Workshops für den Datenschutz nicht geteilt. Die Außenperspektive werde durch zahlreiche Mechanismen beigesteuert, durch Verfahrensordnungen, Medien, Verbände und auch die gewisse Wettbewerbssituation auf Landesebene. Die Struktur der Institutionen im Datenschutz sei zu breit und inhomogen, als dass von einem geschlossenen regulatorischen System gesprochen werde könne. Angesprochen wurde auch das Instrument des Amtswechsels, das zwar Vorzüge in der Perspektivenvielfalt, aber auch Nachteile im Aufbau des erforderlichen Expertenwissens mit sich brächte. Kritisch wurde nur beurteilt, dass keine Kriterien transparent seien, nach denen die Aufsichtsbehörden entscheiden, wem in der Knappheit der Ressourcen die Chance zum Dialog (mit der Behördenleitung) gegeben werde.[94] Die Aufsichtsbehörden haben jedoch ohne Weiteres die Möglichkeit, hierüber Transparenz in ihren Tätigkeitsberichten herzustellen.

Auch wenn das Thema dieser Innovationswerkstatt der Dialog zwischen Aufsicht und *Unternehmen* war, zeigt sich hier die Bedeutung des Dialogs der Aufsicht *mit Dritten* als Korrektiv gegen mögliche Verengungen der Perspektive.

---

92 McCaffrey, Smith, and Martinez-Moyano, „'Then Let's Have a Dialogue': Interdependence and Negotiation in a Cohesive Regulatory System".

93 Vaughan, „Autonomy, Interdependence, and Social Control: NASA and the Space Shuttle Challenger".

94 Das Schrifttum sieht die fehlende Transparenz von Konversationen zwischen Unternehmen und Regulierer unter dem Gesichtspunkt der „Accountability" deutlich kritischer, vgl. Black, „Talking About Regulation", 313.

8. Fazit

In dem regulatorischen Dialog zwischen Datenschutzaufsicht und Unternehmen liegen Chancen für eine effektivere Datenschutzregulierung. Die Online-Befragung, die Workshops mit Vertretern der Wissenschaft und Praxis und die qualitativen Interviews haben erste Ansätze aufgezeigt, wie das regulatorische Instrument des Dialogs im Datenschutz optimiert werden könnte.

Zusammengefasst zielen diese Ansätze darauf ab,

- die aktive Kommunikation in den Aufgaben der Datenschutzbehörden aufzuwerten,
- rechtliche und/oder operative Rahmenbedingungen für verschiedene Dialogsituationen zu schaffen, um informale und zuweilen unberechenbare Gesprächssituationen durch „Gesprächsarenen" mit klar definierten Regeln zu ersetzen,
- etwaige Sorgen vor nachteiligen Folgen eines gegenseitigen Austauschs abzubauen,
- auf eine Klärung von datenschutzrechtlichen Fragen möglichst in einem frühen Entwicklungsstadium oder gar im Vorfeld hinzuwirken,
- gegenüber dem kaum genutzten Klageweg alternative Klärungspfade für datenschutzrechtliche Zweifelsfragen zu entwickeln, mit denen sich das Datenschutzrecht durch Präzisierung von Normaussagen weiterentwickeln kann.

Datenschutzrecht in seiner hohen Abstraktheit und der regulatorische Dialog zwischen Aufsicht und Unternehmen stehen in Funktionszusammenhang.

Im anglo-amerikanischen Raum, aus dem das Verständnis staatlicher Steuerung als „Regulierung" stammt, ist es gelebte Praxis, dass Regulierer und regulierte Unternehmen auch einen Dialog über die gegenseitigen Aufgaben, Vorfälle und konkreten Erfahrungswerte in der Regulierungsbeziehung führen und sich mit gegenseitigem Feedback ein besseres Verständnis für die Handlungsweise des Anderen verschaffen.[95] Auch wenn dies Interessenkonflikte nicht immer aufzulösen vermag, verspricht man sich von dem Austausch eine für alle Beteiligten bessere und effektivere Regulierung.

Vorliegende Innovationswerkstatt, die im Kern ein gegenseitiges Feedback von Unternehmen und Datenschutzaufsicht eingeholt hat, versteht sich auch als ein Impuls, regulatorisches Feedback im Dialog fortzuführen.

---

95 McCaffrey, Smith, and Martinez-Moyano, „'Then Let's Have a Dialogue': Interdependence and Negotiation in a Cohesive Regulatory System".

Literatur

Ayres, Ian, and John Braithwaite. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate.* Oxford University Press, USA, 1995.

Baldwin, Robert, and Julia Black. „Really Responsive Regulation". *Modern Law Review, Vol. 71, No. 1*, Pp. 59-94, January 2008. http://ssrn.com/paper=1081748 [21.03.2014].

Baldwin, Robert, Martin Cave, and Martin Lodge. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. New York: Oxford University Press, USA.

Battis, Ulrich. „Mediation in Der Bauleitplanung". *DÖV (2011)*: 340-345.

Bitter, Melanie. „Der Umgang mit Wissen als Steuerungsressource im Verwaltungsrecht". *DÖV (2007)*: 514-517

Black, Julia. „Talking About Regulation." *Public Law (1998)*: 77-105.

Boehme-Neßler, Volker. *Die Öffentlichkeit als Richter?* Baden-Baden: Nomos, 2010.

Braithwaite, John, and Peter Drahos. *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Breyer, Stephen. *Regulation and Its Reform*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1982.

Caspar, Johannes. „Informationsfreiheit, Transparenz Und Datenschutz". *DÖV (2013)*: 371-375.

Cohen, Michael D., James G. March, and Johan P. Olsen. „A Garbage Can Model of Organizational Choice". *Administrative Science Quarterly 17 (n.d.)*: 1-25.

Fairman, R., and C. Yapp. „Enforced Self-Regulation, Prescription and Conceptions of Compliance Within Small Businesses". *Law and Policy 27 (2005)*: 491-519.

Freemann, Jody. „Collaborative Governance in the Administrative State". *UCLA Law Review 45, no. 1 (1997)*: 1-77.

Gabel, Detlev, und Juergen Taeger. *Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG*. Schriftenreihe Kommunikation & Recht. Frankfurt am Main: Recht und Wirtschaft, 2010.

Geppert, Artin, und Schütz, Raimund. *Beck'scher TKG-Kommentar*. 4. Aufl. München 2013.

Gunningham, Neil, Peter Grabosky, and Darren Sinclair. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford University Press, USA, 1999.

Gunningham, Neil. „Enforcement and Compliance Strategies". In *The Oxford Handbook of Regulation*, edited by Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge, 120-141. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Gusy, Christoph. „Verwaltung durch Informationen – Empfehlungen und Warnungen als Mittel des Verwaltungshandelns". NJW (2000): 977-986.

Härtel, Ines. „Mediation Im Verwaltungsrecht". *JZ (2005)*: 753-763.

Hirsch, Dennis D. „Going Dutch? Collaborative Dutch Privacy Regulation and the Lessons It Holds for U.S. Privacy Law".Michigan State Law Review (2013): 85-161. http://ssrn.com/abstract=2393707.

Holznagel, Bernd, und Ulrich Ramsauer. „Mediation im Verwaltungsrecht". In *Handbuch Mediation*, edited by Fritjof Haft and Katharina Gräfin von Schlieffen. 2nd ed., 683-714, 2008.

Lepperhoff, Niels, und Andreas Jaspers. „Neuer Datenschutzstandard DS-BvD-GDD-01 mit Passendem Gütesiegel". *MMR (2013)*: 617-618.

March, James G. „Bounded Rationality, Ambiguity, and the Engineering of Choice". *The Bell Journal of Economics 9, no. 2 (1978)*: 587-608.

McCaffrey, David P., Amy E. Smith, and Ignacio J. Martinez-Moyano. „'Then Let's Have a Dialogue': Interdependence and Negotiation in a Cohesive Regulatory System". *Journal of Public Administration Research and Theory (2006)*: 307-330.

Ogus, Anthony. *Regulation – Legal Form and Economic Theory*. 1st ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Pitschas, Rainer. „Mediation als kollaborative Governance". *DÖV (2011)*: 333-340.

Rademacher, Lars, und Alexander Schmitt-Geiger (Hrsg.). *Litigation-PR: Alles Was Recht Ist – Zum Strategischen Stand Der Rechtskommunikation*. Wiesbaden: Springer VS, 2012.

Rossen-Stadtfeld, Helge. „Die verhandelnde Verwaltung – Bedingungen, Funktionen, Perspektiven". *VerwArch 97 (2006)*: 23-48.

Rossen-Stadtfeld, Helge. „Gesetzesvollzug durch Verhandlung – Kann der Verwaltungsrichter von der Verwaltung lernen?". *NVwZ (n.d.)*: 361-370.

Rüssel, Ulrike. „Mediationsverfahren im öffentlichen Bereich". *JA (2006)*: 470-475

Sawang, Jutdith. *Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck 2010

Schill, Stephan. „Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko". *DÖV no. 63 (2010)*: 1013-1018.

Schnabel, Christoph. „Auskunftsansprüche für Journalisten nach Landespressegesetzen und Informationsfreiheitsgesetz". *NVwZ (2012)*: 854-859.

Seibert, Max-Jürger. „Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung". *NVwZ (2008)*: 365-370.

Seok, Jong Hyun, and Jan Ziekow (Hrsg.). *Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor*. Berlin, 2010.

Simitis, Spiros (Hrsg.). *Bundesdatenschutzgesetz*. 7. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011.

Statistisches Bundesamt. *Rechtspflege – Verwaltungsgerichte 2012*. Fachserie 10 Reihe 2.4. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt, 2013.

Stigler, Georg F. „The Theory of Economic Regulation". *Bell Journal of Economics (1971)*: 3-21.

Ulrich, Jürgen, und Carl-Michael Vogt. „Mediation in der Praxis – Teil 1: Alternative Streitlösungsmodelle und Grundzüge der Mediation". *DS (2009)*: 217-223.

Vaughan, Diane. „Autonomy, Interdependence, and Social Control: NASA and the Space Shuttle Challenger". *Administrative Science Quarterly 35, no. 2 (1990)*: 225-257.

Zepf, Uwe. „Mediation im Schatten des Leviathan oder das Verhältnis zwischen hoheitlichem Handeln und Mediation". *DÖV (2012)*: 631-640.

Ziekow, Jan. „Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Möglichkeiten der Implementation und rechtliche Folgerungen". *NVwZ (2004)*: 390.

Per Christiansen / Jan-Hinrik Schmidt

Feedback aus der Praxis: Dialog zwischen Datenschutzaufsicht und Internet-Unternehmen

Wie läßt sich ein Dialog über datenschutzrechtliche Fragen zielführend gestalten? Eine Zusammenfassung des Feedbacks aus einer Befragung von Aufsichtsbehörden und Unternehmen.

Das Hans-Bredow-Institut hat im Auftrag des Amtes Medien, Senatskanzlei Hamburg, Freie und Hansestadt Hamburg und in Kooperation mit dem Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationssicherheit verschiedene Kommunikationssituationen zwischen Datenschutzaufsicht und Unternehmen wissenschaftlich untersucht. Schwerpunkte waren die Verständigung über datenschutzrechtliche Fragen in Anhörungen, in Beratungsgesprächen und in informalen Gesprächssituationen.

Im Rahmen einer empirischen Befragung haben Vertreter der Aufsicht und von Unternehmen (einschließlich Anwälten und Datenschutzberatern) über ihre Erfahrungen in konkreten Fällen sowie über Erfolgsfaktoren und Gründe für Fehlschläge eines Dialogs berichtet.

Dieses Feedback ist nachfolgend zusammengefasst und als Leitfaden aufbereitet. Naturgemäß werden auf diese Weise ermittelte Erfahrungswerte weder von allen Befragten geteilt, noch sind sie gleichermaßen auf jede Dialogsituation anwendbar. Der Leitfaden ist als Orientierungshilfe und Forschungstransfer für jeden gedacht, zu dessen Aufgabe die Lösung datenschutzrechtlicher Zweifelsfragen gehört.

Der vollständige Ergebnisbericht des Projekts ist hier zum Download verfügbar: http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/973.

Christiansen, Per; Schmidt, Jan-Hinrik (2014): Dialog als Instrument der Datenschutzregulierung. Eine wissenschaftliche Innovationswerkstatt im Austausch mit Datenschutzbehörden und der Internetwirtschaft – Ergebnisse. Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut, Mai 2014 (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts; 29).

Feedback der Aufsicht an Unternehmen:

1. Sachverhalt aufbereiten
2. Fristen und Zusagen einhalten
3. Offene Haltung zeigen
4. Mit Pressearbeit der Aufsicht rechnen
5. Vertrauen aufbauen

Feedback der Unternehmen an die Aufsicht:

1. Wirtschaftliche Belange berücksichtigen
2. Aktiv kommunizieren
3. „Extrempositionen" vermeiden
4. Mit den Folgen der Pressearbeit rechnen
5. Länderkoordination optimieren

Feedback der Aufsicht an Unternehmen

• Tipp #1: Sachverhalt aufbereiten

Sachverhalt vollständig aufbereiten

Unternehmen wird empfohlen, vor Aufnahme der Gespräche mit der Aufsicht den eigenen Sachverhalt sorgfältig aufzubereiten und nachvollziehbar zu dokumentieren. Für diesen Rat gibt es zwei Gründe: Vertreter der Aufsicht betonten, sie würden Aussagen nur auf Basis einer vollständigen Sachverhaltsdarstellung treffen können, weil nur dann nachvollziehbar sei, worauf sich die Äußerungen der Aufsicht bezögen. Dies wiederum sei wichtig, weil das Risiko bestehe, dass Aussagen aus dem Zusammenhang gerissen verwendet werden. Als Aufsichtsvertreter werde man daher im Zweifel stets auf eine Sachverhaltsdokumentation bestehen und sich nicht ad hoc äußern können. Überdies würden durch unvorbereitete Termine knappe Ressourcen der Aufsichtsbehörden ineffizient genutzt, die normalerweise **keine „Verhandlungen in zahlreichen Terminen" zuließen.**

Datenschutzberatung

Gute Erfahrungen seien damit gemacht worden, vorab Datenschutzberater zu konsultieren und diese in das Gespräch mit der Aufsicht einzubinden. Eingegrenzte Fragestellungen würden schneller bearbeitet als offene und umfangreiche Anfragen.

Liste mit Anforderungen

Angeregt wurde weiter, dass Unternehmen den Zweck des Dialogs und eine Liste der konkreten Anforderungen benennen, die man an die Aufsicht habe. Für die Aufsicht sei nicht immer erkennbar, was eigentlich von ihr erwartet werde, etwa **wenn ein Dokument „zur Kenntnis" übersandt wird.**

Keine „Salami-Taktik"

Einige Aufsichtsvertreter kritisierten die von manchen Unternehmen angewendete **„Salami-Taktik"** – eine Strategie gegenüber der Aufsicht, nur das absolute Minimum an Informationen zur Verfügung zu stellen, ansonsten aber die Aufsicht so gut **es geht „im Dunkeln zu lassen". Praxisbeispiel: Auf die Frage, welche Daten** erhoben würden, antwortet ein Unternehmen unvollständig und führt nicht sämtliche Datenkategorien auf. In so einem Verhalten sehen Vertreter der Aufsicht einen Grund für das Versagen eines kooperativen Dialogs. Intransparenz und ein vorsätzlich verkürzter Sachverhalt ließen bei der Aufsicht eine Wahrnehmung von Unseriösität entstehen, die sich in Zukunft nachteilig auswirken könne.

• Tipp #2: Fristen wahren und Zusagen einhalten

Fristen und Zusagen wahren

Nach dem Feedback aus der Praxis keine Selbstverständlichkeit: Zusagen sind einzuhalten. Fristen sind zu wahren. Aufsichtsvertreter berichteten über Fälle, in denen man zu einer Eskalation in Ordnungswidrigkeiten-Verfahren greifen musste, schlicht weil Unternehmen zu den vereinbarten Terminen keine Stellungnahmen eingereicht hatten.

• Tipp #3: Offene Haltung zeigen

Legitimität des Datenschutzes anerkennen

Ein zielführender Dialog mit der Aufsicht werde erschwert, wenn auf Unternehmensseite keinerlei Akzeptanz für den Datenschutz und die Rechte der Betroffenen wahrgenommen werden könne. Aufsichtsvertreter berichteten, oftmals müssten sie für die Bedeutung des Datenschutzes erst einmal werben.

Bereitschaft zeigen, Änderungen am Produkt vorzunehmen

Als Aufsichtsvertreter würde man Unternehmensvertreter an der Frage messen, ob lediglich die eigene Position gegenüber der Aufsicht durchgesetzt werden solle, oder ob grundsätzlich die Bereitschaft bestehe, Änderungen am Produkt zur Verbesserung des Datenschutzes vorzunehmen. Hierfür wiederum sei ein Indikator, ob das Unternehmen selbst Lösungen anböte.

Grundlegend werde Unternehmen geraten, sich nicht – wie es manche Unternehmen tun – völlig dem Dialog zu verweigern, nicht zu antworten oder den Kontakt abzubrechen, sondern sich stets gesprächsbereit zu zeigen. Dies gelte besonders in förmlichen Verfahren. In der Handlungslogik der Aufsicht sei die Reaktion auf Schweigen eine Eskalation mit rechtlichen und/oder medialen Mitteln, die sich das Unternehmen mit Dialogbereitschaft möglicherweise ersparen könne.

Gesprächsbereitschaft nicht verweigern

• Tipp #4: Mit Pressearbeit der Aufsicht rechnen

Als Folge eines defizitären rechtlichen Sanktionsinstrumentariums greifen Aufsichtsbehörden nach eigenem Bekunden auch zu aktiver Pressearbeit, mit der die Öffentlichkeit über Datenschutzverstöße informiert werden soll. Aufsichtsvertreter bestätigten die Wirksamkeit der Pressearbeit als „heavy stick in the background" bzw. als Anreiz für Unternehmen, den Dialog mit der Aufsicht zu suchen. Obwohl die Aufsicht zum Teil gegenüber der Presse und der Öffentlichkeit auskunftspflichtig ist, mag es aus Unternehmenssicht erwägenswert sein, sich mit der Aufsicht über die Kommunikation von Themen und über die Vertraulichkeit von Informationen vorab zu verständigen.

Auf Pressearbeit vorbereitet sein

• Tipp #5: Vertrauen aufbauen

Die Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens wurde in der Befragung von allen Seiten unterstrichen. Habe sich ein Unternehmen das Vertrauen der Aufsicht verdient, insbesondere auch auf Referenten-Ebene, funktioniere die Abstimmung schneller und besser. Man könne offener reden und so Lösungsmöglichkeiten identifizieren.

Langfristig Vertrauen aufbauen

Behördenvertreter berichteten über erhebliche Unsicherheiten darüber, ob und ggfs. welche Ausssagen man gegenüber Unternehmen treffen dürfe (dies wurde auf die defizitäre Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens für Beratungsgespräche zurückgeführt). Sorge und Zurückhaltung bestünde weniger in Vertrauensbeziehungen, wenn man sicher sein könne, von einer Aussage werde nur redlich Gebrauch gemacht. Entsprechend sei es Unternehmen zu raten, langfristig angelegtes Vertrauen der Aufsicht aufzubauen. Ein wichtiges Mittel ist hierzu das persönliche Gespräch.

Persönliches Gespräch suchen

Die empirische Datenbasis des Projekts:

- Qualitative Online-Umfrage. Teilgenommen haben 7 Aufsichtsvertreter, 18 Unternehmensvertreter, 11 Beratungsunternehmen, 9 Rechtsanwälte. 8 Teilnehmer haben angegeben, Unternehmen mit mehr als 1000 Mitarbeitern zu repräsentieren. Erhebungszeitraum: Herbst 2013
- 5 qualitative Experteninterviews
- 1 Workshop mit Vertretern der Wissenschaft
- 1 Workshop mit Vertretern der Aufsicht und von Unternehmen, Anwälten, Beratern

Feedback der Unternehmen an die Aufsicht

• Tipp #1: Wirtschaftliche Belange berücksichtigen

Verständnis für wirtschaftliche Folgen

Unternehmensvertreter haben den Wunsch zum Ausdruck gebracht, die Behörden sollten ein weitergehendes Verständnis von Geschäftsmodellen, Branchen und den wirtschaftlichen Folgen entwickeln. Manche Behördenvertreter würden Unternehmen **mit harten Aussagen wie „Umsatz ist kein Kriterium" brüskieren.** Eine solche Aussage sei rechtlich umstritten, klammere in jedem Falle aber die wirtschaftlichen Belange und damit die zentralen Motive und Handlungslogiken des Gesprächspartners aus. Ein kooperativer Dialog werde damit verbaut.

Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen

Ob ein Unternehmen bereit sei, in einem konstruktiven Dialog nach Lösungen zu suchen oder aber auf (innere) Konfrontation setze, hänge überdies davon ab, ob man sich durch die Behörde fair im Wettbewerb behandelt fühle. In der Befragung wurde es als emotionaler wunder Punkt sichtbar, wenn die Aufsicht gegen ein Unternehmen, nicht aber in gleichem Maße gegen Konkurrenten vorgeht. Ähnlich **wurde Unmut über „negative Diskrimierung" geäußert, wenn Unternehmen außerhalb** der Jurisdiktion im deutschen Markt „frei agieren könnten", während Unter**nehmen mit Sitz im Inland durch „Maximalpositionen der Aufsicht blockiert** seien".

Lösungsorientierung und Pragmatismus

Zu den Erfolgsfaktoren eines Dialogs befragt, haben Unternehmensvertreter Antworten gegeben, die sich im Kern auf die Haltung der Behördenvertreter gegenüber dem zu lösenden Problem des Unternehmens bezogen. Positiv wurde wahrgenommen, wenn sachbezogen, lösungsorientiert, pragmatisch, vertrauensvoll, ohne **„Vorverurteilung", „realitätsnah" und mit Bereitschaft, „eigene Denkmodelle einer Prüfung zu unterziehen" miteinander gesprochen** werden konnte. Grundsätzlich schätzen Unternehmen einen Dialog positiver ein, wenn sie bekommen, was sie wollen. Aber in Gesamtschau der Kommentare zeichnet sich ab, dass eine Haltung, dem Unternehmen bei der Lösung der Probleme zu helfen, ein zentraler Faktor für zielführenden Dialog ist.

• Tipp #2: Aktiv kommunizieren

Informale Gesprächssituationen nutzen

Die Befragung hat gezeigt: Unternehmen suchen Orientierung über datenschutz**rechtliche Fragen in informalen Situationen, „zwischen Tür und Angel", auf Fach**konferenzen und Veranstaltungen. Solche Situationen werden als ungefährlich wahrgenommen. Häufig dienen sie, ohne dass dies offengelegt wird, der Vorfeldklärung einer datenschutzrechtlichen Zweifelsfrage. Mit dem Wissen, dass Unternehmen gerade in solchen Situationen zuhören, besteht für die Aufsicht die Chance, mit Breitenwirkung Orientierung im Markt herzustellen.

Aktiv den Dialog suchen

Grundsätzlich halten Unternehmen es nicht immer für zweckmäßig, von sich aus auf die Aufsicht zuzugehen und den Dialog zu suchen. Manche Unternehmen **„lassen es darauf ankommen" und machen die Aufsicht nicht ohne Notwendigkeit** auf sich aufmerksam. Da das Drohpotenzial möglicher Sanktionen jedenfalls bislang nicht ausreicht, um eine Abstimmung mit der Aufsicht als die gegenüber dem Risiko der Sanktionierung bessere Option darzustellen, bleibt der Aufsicht gegenüber solchen Unternehmen nur die Möglichkeit, selbst aktiv den Dialog zu suchen.

Ansprache von besonderen Personengruppen

Wenn es zu einem Dialog kommt, **ist dieser oftmals „verrechtlicht" und wird von** Juristen oder Datenschutzspezialisten geführt. Für eine steuernde Datenschutzregulierung der Marktteilnehmer stellt sich die Frage, ob eigentlich immer mit den **richtigen Personen „an datenschutzrechtlichen Schaltstellen" gesprochen wird.** Erwägenswert ist es, ob die Aufsicht nicht gezielt mit bestimmten Unternehmen

(z. B. Start-Ups) und/oder Mitarbeitern (z. B. Techniker, Produktmanager) den Dialog suchen könnte. Unternehmensjuristen und Anwälte haben diesem Vorschlag allerdings widersprochen, weil man unternehmensintern die Kontrolle über die Kommunikation mit der Aufsicht behalten wolle und verhindern müsse, dass unbedarft vertrauliche Informationen an die Aufsicht weitergegeben würden. Entsprechend muss ein Setting für einen Dialog Unternehmen von dieser Sorge entlasten.

• Tipp #3: „Extrempositionen" vermeiden

Wahrnehmung von Extrempositionen

Unternehmensvertreter äußerten die Wahrnehmung, die Datenschutzaufsicht würde oftmals mit Maximalpositionen oder extremen datenschutzrechtlichen Forderungen auftreten.

Abschreckungseffekte im Vorfeld

Ein vor allem mediales massives Auftreten kann Unternehmen im Vorfeld verschrecken. Einige Vertreter berichteten, wenn die Aufsicht mit Maximalforderungen antrete, sähe man ohnehin keinen Sinn mehr in Gesprächen, würde diese abbrechen oder versuchen, den Vorgang zu einer anderen Behörde zu ziehen. Anwälte bestätigten, Unternehmen bei der Standortwahl in Deutschland danach zu beraten, welche Landesdatenschutzbehörden pragmatischen Lösungen gegenüber offenstünden. Eine solche Beratung schien dabei weniger faktenbasiert, sondern auf persönlicher Wahrnehmung zu beruhen, für die wiederum das Image einer Behörde und deren Auftreten maßgeblich ist.

Datenschutz als Verhandlungsgegenstand

Überdies haben Unternehmen angegeben, sich auf Maximalforderungen einzustellen und mit einer „Verhandlungsstrategie" zu reagieren. Man trete ebenfalls mit Maximalpositionen auf, um dann später als Verhandlungsergebnis auf ein vernünftiges Maß zu kommen. Zugleich suche man informale Gesprächssituationen auf Referenten-Ebene, und zwar mit der Erwartungshaltung, der Referent könne offener sprechen und jedenfalls zeitweise von der „offiziellen Position" abweichen. In einem solchen Modus wird Datenschutzrecht in der Wahrnehmung von Unternehmen zu einem Verhandlungsgegenstand.

• Tipp #4: Mit den Folgen der Pressearbeit rechnen

Pressearbeit verengt Handlungsspielräume

Unternehmensvertreter berichteten, wie einschneidend Unternehmen von negativer Presse über einen möglichen Datenschutzverstoß getroffen werden können. Die Folgen einer negativen Pressearbeit können weitreichender sein, als es nach einem Gespräch mit dem Ansprechpartner vor Ort den Anschein haben mag. Medienberichterstattung limitiere die Handlungsspielräume auf beiden Seiten, verhindere ein Abrücken von einmal kommunizierten Positionen und vereitele Chancen auf eine Lösung. Eine Eskalation über die Medien ist nach den Beschreibungen der Unternehmen zuweilen eine drastische Sanktion mit unbeabsichtigten externen Effekten, die genauso wie eine drastische rechtliche Sanktion eine Konfliktstufe darstelle, von der man womöglich nicht mehr so schnell in kooperative Bahnen gelangen könne.

Pressearbeit als taktische Eskalation

Für die Aufsicht bedeutet dies: Als Mittel zur Eskalation gegenüber einem erfolglosen Dialog taugt die Pressearbeit vor allem dann, wenn sie berechenbar und koordiniert ist und zum richtigen Zeitpunkt eingesetzt wird, so dass das Unternehmen die Entscheidung treffen kann, Kooperation im Dialog sei die bessere Option. Wird jedoch vorschnell, wie teilweise berichtet wurde, sogar vor Aufnahme von Gesprächen, an die Presse kommuniziert, fehlt der Aufsicht insbesondere bei Unternehmen mit Sitz im Ausland jegliche Eskalationsstufe und damit eine Grundbedingung für einen zielführenden (Compliance-)Dialog.

• Tipp #5: Länderkoordination optimieren

Kosten eines Dialogs mit der Aufsicht in föderalen Strukturen

Unternehmen haben als zentralen negativen Anreiz beschrieben, sich für bundesweite Aktivitäten mit sämtlichen Datenschutzbehörden auf Landesebene abstimmen zu müssen. Man mag es zwar nicht als Aufgabe der Landesdatenschutzbehörden sehen, für eine One-Stop-Shop-Infrastruktur zu sorgen, die den Unternehmen Aufwand erspart. Aber Teilnehmer der Befragung äußerten sich dahingehend, in der Gemengelage würde man von einem Dialog mit den Behörden gänzlich Abstand nehmen. Untermauert wurde diese Aussage mit einer Wahrnehmung erheblicher Unterschiede des Selbst- und Rollenverständnisses der verschiedenen Landesdatenschutzbehörden, die man kaum noch überblicken könne. Dies legt nahe: Je mehr die Behörden durch gegenseitige Koordination und gemeinsame Kommunikation über die schon bestehenden Maßnahmen hinaus Unternehmen davon entlasten, die Vielzahl von Behörden und deren (wahrgenommenen) unterschiedlichen Vorgehensweisen „managen zu müssen", desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, mit Unternehmen in Dialog und kooperative Regulierungsbeziehungen zu kommen.

Autoren

Dr. Per Christiansen / Dr. Jan-Hinrik Schmidt

Hans-Bredow-Institut für Medienforschung

Rothenbaumchaussee 36, 20148 Hamburg

E-Mail: p.christiansen@hans-bredow-institut.de

Projektverantwortlich

Amt Medien

[redacted]

Ansprechpartner für Datenschutz

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Klosterwall 6 (Block C), 20095 Hamburg

Tel.: +49 (0)40 4 28 54 - 40 40

E-Mail: mailbox@datenschutz.hamburg.de

Web: www.datenschutz-hamburg.de