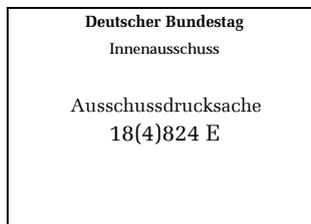


Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff
Rudolf-Ditzen-Weg 12
13156 Berlin
Tel: 030/48097948
Mobil: 0163 9012445
Fax: 030/43738903



dienstl.
Universität Bayreuth
Universitätsstr. 30
95447 Bayreuth
Mail: HeinrichWolff@t-online.de

Schriftliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnPUG-EU) – BT-Drs. Drucksache 18/11325

als Vorbereitung für die öffentliche Anhörung vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages am Montag, den 27. März 2017, von 10:30 bis 12:30 Uhr im Paul-Löwe-Haus, Raum E400, Konrad-Adenauer-Straße 1, 10557 Berlin

Berlin, den 23.03.2017

Die ehrenvolle Einladung des Innenausschusses erreichte mich, ohne nennenswerte Vorwarnung, am Freitag den 17. März 2017 gleichzeitig mit der Bitte, die schriftliche Stellungnahme möglichst bis zum 23. März 2017 abzugeben. Die beiliegende Bundestagsdrucksache wies zugleich einen Umfang von 134 Seiten auf. Angesichts dieser Eckdaten ist es leider nicht möglich, eine, der Bedeutung der Sache eigentlich notwendige, Stellungnahme zu allen Einzelheiten abzugeben. Die folgenden Gesichtspunkte besitzen daher etwas Selektives, wofür schon im Voraus um Nachsicht gebeten wird. Es sei erlaubt, zunächst mit einer allgemeinen Betrachtung der Struktur des Gesetzes und seiner generellen Rechtfertigung zu beginnen (I.), anschließend einige übergreifende Fragen anzusprechen (II.), um dann auf eine Auswahl von Einzelproblemen überzuwechseln (III.).

I. Allgemein

1. Besonderheiten

Der vorliegende Gesetzentwurf zeichnet sich in mehrfacher Hinsicht aus:

- Zunächst setzt er Unionsrecht um, aber nicht eine Richtlinie, sondern eine Verordnung, die aber aufgrund zahlreicher Öffnungsklauseln konkretisierungsfähig und konkretisierungsbedürftig ist. Gleichzeitig ist die Verordnung aber auch an anderen Stellen einerseits so vage (hinsichtlich der Rechtsgrundlagen) und an anderen Stellen wieder so strikt (hinsichtlich der Betroffenenrechte, der technischen und organisatorischen Pflichten für den Verantwortlichen und hinsichtlich der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten), dass es einem förmlich unter den Nägeln brennt, im Rahmen der Öffnungsklauseln auch in einem Aufwasch, das Unionsrecht etwas zu korrigieren, was unionsrechtlich aber unzulässig ist.
- Weiter bildet das Datenschutzrecht eine Querschnittsmaterie, die fast die gesamte Rechtsordnung erfasst. Werden hier Fehler gemacht, können entweder ganze Wirtschaftsbereiche erheblich leiden bzw. die Normunterworfenen in die Illegalität getrieben werden oder umgekehrt die Privatsphäre einer Vielzahl von Personen schlimmstenfalls irreparabel beeinträchtigt werden.
- Drittens stehen sich oftmals grundrechtsgeprägte Sichtweisen und wirtschaftlich geprägte Interessen unversöhnlich gegenüber.

All dies führt dazu, dass faktisch jede vernehmbare Stimme „etwas am Gesetzentwurf zu meckern“ hat, weil das Umsetzungsrecht zu weit bzw. nicht weit genug geht, dass Unionsrecht nicht halbherzig oder zu engstirnig befolgt, die Grundrechte oder alternativ die Wirtschaftsbelange zu gering beachtet werden oder die in der Verordnung enthaltene Vorgabe so unsinnig sei, dass man sie ignorieren müsse. So ist es schon ungewöhnlich, dass es erstens drei Referentenentwürfe zu einem Gesetz gibt (August 2016, November 2016 und Januar 2017) und darüber hinaus der Bundesrat einen schier nicht enden wollenden Änderungskatalog vorgelegt hat (BR-Drs. 110/17), der nach Einschätzung des Unterzeichners teilweise auf ganz unterschiedlichen Wertungen (einmal grundrechtsbetont, dann wirtschaftsbetont dann wieder exekutivorientiert) zu sein scheint.

Aus der Sicht eines Außenstehenden ist die Aufregung nicht so recht nachvollziehbar. Der Entwurf zum DSAnpUG-EU macht aus den vorgegebenen Situationen mit das Beste, was möglich war.

2. Ausprägung des Gesetzes

Der Entwurf ist dabei von folgenden Eckpunkten geprägt:

- Bis Mai 2018 muss das BDSG geändert werden. Die Vorstellung, man könne trotz der Datenschutz-Grundverordnung alles beim Alten belassen, um abzuwarten, was komme, stünde einem juristisch unverantwortlichen Blindflug gleich. Aus diesem Grund sieht der Entwurf ein Inkrafttreten auch erst ab Mai 2018 vor.
- Der Gesetzentwurf enthält ganz überwiegend Normen, die Fragenkreise behandeln, die durch das Recht der Mitgliedstaaten unionsrechtlich behandelt werden müssen; über das „Wie“ kann man sicherlich an vielen Stellen streiten, das „Ob“ dürfte aber nicht ernsthaft bestreitbar sein. Gewissermaßen nicht zwingend sind die Regeln zu dem rein nationalen Raum und zu den Verarbeitungsregeln, bei denen von einer echten Öffnungsklausel Gebrauch gemacht wird und die gewissermaßen aus dem alten BDSG hinübergenommen werden, die da etwa sind § 31 BDSG und § 42 f BDSG.
- Der Entwurf lebt von folgenden Grundstrukturen:
 - soweit es geht, orientiert sich der Neuentwurf an alten Regelungen des BDSG;
 - er nimmt die Vorrangigkeit des Unionsrechts ernst und bildet eine aus sich heraus unvollständige Rechtsgrundlage – der Kodifikationscharakter ist dahin;
 - er macht von den Öffnungsklauseln selbstbewusst, aber nicht flächendeckend Gebrauch;
 - er zögert nicht, das Unionsrecht auch in den Teilen beim Wort zu nehmen, die uns bisher fremd waren, z.B. die kategorische Trennung von Zweckänderung und kompatible Verarbeitung/ die kategoriale Trennung von besonderen Datenkategorien mit den überraschenden Folgen, dass im sensiblen Bereich die Mitgliedstaaten Regelungsmöglichkeiten besitzen/ die Unabhängigkeit und Klagemöglichkeiten der Aufsichtsbehörden/ die besonderen Verarbeiter- und Betroffenenkategorien im Richtlinienbereich;
 - er versucht im Bereich der Betroffenenrechte den Verantwortlichen entgegenzukommen. Dafür ist es wiederum beim Betriebsbeauftragten strenger als es unionsrechtlich zwingend ist.
 - er enthält einige alte Regelungen, bei deren Weiterleben man durchaus etwas überrascht sein kann, wie insbesondere die Regeln zur Videoüberwachung zu Auskunftsdateien und Scoring.
 - nicht immer erscheint er in sich ausgewogen, so sind etwa die Regelungen zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten ausführlicher als sie unionsrechtlich sein

müssten, während bei den allgemeinen Regeln zur Aufsichtsbehörde das nationale Recht sich wieder enthalten zeigt.

- Der Gesetzentwurf enthält eine klare Struktur. Es gibt vier Teile. Einen Teil für den Bereich der Verordnung, einen Teil für den Bereich der Richtlinie Inneres und Sicherheit, einen Teil für den verbleibenden nationalen Bereich und einen allgemeinen Teil für alle. Die Struktur dieses Gesetzes zeugt von einer dogmatischen Klarheit, die von wissenschaftlicher Seite nicht nur überzeugt, sondern angenehm überrascht. Offen gestanden war ich persönlich überrascht, dass die Ministerialbürokratie so etwas Schönes hervorbringen kann. Ich hatte damit gerechnet, dass nur die Grundverordnung ausgefüllt wird und ansonsten nichts aufgenommen wird. Aus meiner Erfahrung als Sachverständiger kenne ich selten so systematisch überzeugende Ansätze.

3. Die Systematik des BDSG-E

Im Einzelnen gilt:

a) Verordnungsteil

Der Teil der Datenschutz-Grundverordnung enthält Regeln, die unstreitig notwendig sind, wie die nationale Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden, die Abstimmung für den Vertreter im Datenschutzausschuss, die Installierung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten oder mehr als nahe liegend, wie die Relativierung der Rechte der Betroffenen. Es wird wegen Art. 6 Abs. 3 VO (EU) 2016/679 (im Folgenden: DS-GVO) im öffentlichen Bereich noch weiteren bereichsspezifischen Datenschutz geben und wegen Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 DS-GVO auch im privaten Bereich. Die Notwendigkeit eines weiteren bereichsspezifischen Datenschutzes ändert aber nichts an dem Erfordernis, die allgemeinen Fragen der Verordnung an einer zentralen Stelle zu regeln, auch schon deshalb, weil dort teilweise andere Dinge geregelt werden dürften, wie etwa die Rechtfertigung der Verarbeitung und Hürden für die Weitergabe und spezifische Speicherbedingungen, sowie Löschungsfristen. Auch soweit sie die gleichen Fragen regeln wie der Teil zwei des BDSG bleibt es dennoch sinnvoll, zunächst das BDSG zu erlassen, weil dann die spezifischen Regeln sich auf das beschränken können, was abweichend von der allgemeinen Regel notwendig ist. Es entspricht einer allgemeinen gesetzgeberischen Logik, zunächst den allgemeinen Teil einer Kodifikation zu formulieren und erst anschließend den besonderen Teil.

b) Umsetzung der Richtlinie

Man könnte darüber streiten, ob die Richtlinie einen eigenen allgemeinen Teil benötigt oder nicht die Realisierung in den Sicherheitsgesetzen genügt. Die Aufnahme in das BDSG erscheint aber richtig. Die Umsetzung zur Richtlinie kann sich nicht auf Änderungen in den Sicherheitsgesetzen beschränken, weil unklar ist, wie die Richtlinie genau von der Datenschutz-Grundverordnung abzugrenzen ist und es daher einer Auffangregelung bedurfte. Auch hier bleibt zudem der Gedanke, dass es sinnvoll ist, identische Regelungsstrukturen auch in einem allgemeinen Gesetz zusammenzufassen.

c) Rein nationaler Raum

Am Wichtigsten erscheint aber der Hinweis, dass es auch weiterhin zwingend einen rein nationalen Bereich geben wird, der nach menschlichem Ermessen sich als ein Teil des öffentlichen Bereichs darstellen wird. Dieser verbleibende nationale Teil folgt schon aus der begrenzten Kompetenz des Unionsrechts. Art. 16 AEUV gibt der Union für Handeln der Mitgliedstaaten im Datenschutzbereich eine Regelungskompetenz nur, sofern die

Mitgliedstaaten im „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ handeln. Fraglich ist, welche Bereiche dadurch ausgeklammert werden. Unstreitig fällt heraus der Bereich staatliche Sicherheit i.S.v. Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV, der enger ist als der Bereich der öffentlichen Sicherheit und wohl die Bereiche Militär- und Nachrichtendienste erfassen dürfte. Auf die Wiederholung des Art. 4 Abs. 2 EU wird man den Begriff „Anwendungsbereich“ aber schon aus systematischen Gründen kaum beschränken können. Diesen nationalen Bereich regeln §§ 1-4 BDSG und § 85 BDSG nur rudimentär. Geregelt sind dort: Zuständigkeiten, Begriffsbestimmungen, behördlicher Datenschutzbeauftragter, BfDI und eine allgemeine Rechtsgrundlage.

Nicht geregelt ist aber Vieles, insbesondere etwa:

- Zulässigkeit der Einwilligung,
- Zulässigkeit der Verarbeitung bei gesetzlicher Pflicht,
- Anforderung an die Zweckänderung,
- Schutz für besondere Arten von Daten und vor Profiling,
- Datengeheimnis,
- Rechte der Betroffenen,
- technische und organisatorische Anforderungen an den Verantwortlichen,
- Zulässigkeit der Auftragsverarbeitung.

Der Entwurf vertraut offenbar auf bereichsspezifische Regelungen. Da kein Mensch genau weiß, wo die Grenzen von Art. 16 AEUV enden, ist das Vertrauen, man werde schon eine relevante Regelung haben, durchaus gewagt. Auch wenn das Risiko nicht groß ist, dass eine Lücke entsteht, ist die gegenwärtige Fassung mit dem absoluten Torso-Charakter des rein nationalen Bereichs auch systematisch sehr ausgewogen.

Man sollte daher prüfen, ob nicht in § 85 Abs. 4 BDSG-E oder alternativ in § 86 BDSG-E neu subsidiär auf §§ 46-83 BDSG-E verwiesen wird.

Der Verweis kann nicht so falsch sein, weil es ja nur den öffentlichen Bereich von Bundesbehörden treffen kann und da die Richtlinienumsetzung nahe liegt. Man kann überlegen, die §§ 70, 72-74 BDSG-E ggf. herauszunehmen, weil sie unionsrechtliche Besonderheiten sind, die wir bisher so im nationalen Recht nicht kannten.

II. Übergreifende Fragen

1. Kompetenzfrage

a) Vertretungsregelung im EDA

Nicht ganz einfach ist die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz für die Regelung des Abstimmungsverhaltens der Aufsichtsbehörden untereinander und der Bestimmung des Vertreters im europäischen Datenschutzausschuss.

Die DS-GVO schafft einen Europäischen Datenschutzausschuss, in den jeder Mitgliedstaat eine Behörde entsendet. Für den Fall mehrerer nationaler Aufsichtsbehörden verpflichten Art. 51 Abs. 3 DS-GVO und Art. 68 DS-GVO mitsamt (EG 119) die Mitgliedstaaten, die erforderlichen nationalen Regelungen für den gemeinsamen Vertreter aufzustellen.

Das nationale Recht muss drei Fragen klären: (1) wer die Regeln erlassen darf, (2.) wer in dem EDA wann Deutschland vertreten darf und (3.) wie er sich vorab mit den anderen abzustimmen

hat. Die erste Frage betrifft die Gesetzgebungskompetenz, die der Entwurf im Ergebnis zutreffend beim Bund sieht und die zweite betrifft die Verwaltungskompetenz, die bei Bund und Land mit unterschiedlichen Gewichten gemeinsam liegt und bei der es daher eines kompetenzschonenden Einigungsverfahrens bedarf. Auch das setzt der Entwurf in einer denkbaren und möglichen Form um.

Der Bundesrat bemängelt, dass die Zuständigkeit des Verstreters nicht auch greift, wenn der Vollzug der Verordnung in die Landeszuständigkeit fällt. Dies wäre bei Fragen des privaten Bereichs in aller Regel der Fall. Eine entsprechende Erweiterung des § 17 Abs. 2 BDSG-E und § 18 Abs. 2 BDSG-E ist denkbar, aber nicht zwingend.

Für einen Einbezug der Vollzugszuständigkeit in die Zuständigkeit des Landesvertreters spricht:

- bei der Zuständigkeit im EDA geht es in der Regel gerade um Vollzug;
- auf Landesebene liegen die Erfahrungen im Vollzugsbereich;
- die innerstaatlich betroffenen Verwaltungskompetenzen liegen bei den Ländern.

Für eine Aufrechterhaltung der gegenwärtigen Fassung spricht:

- eine Kontinuität in der Vertretung im EDA bringt Verhandlungsvorteile;
- die Betrachtung des Bund-Land-Verhältnisses als widerstreitende Interessenlage ist verkürzt;
- im EDA geht es auch um Interessen, die Deutschland als ganzes treffen und dann ist eine starke einheitliche Anlaufstelle vom Vorteil;
- eine interne Abstimmung ist immer erforderlich, gleich ob der Gemeinsame Vertreter oder der Vertreter des Landes L sich nun über die BfDI als Gemeinsame Vertreterin ärgert oder über den Hamburger Beauftragten als Stellvertreter, ist ihm eher gleich;
- die Parallelität zu Art. 23 Abs. 4 ff. GG würde aufgegeben werden.

Im Kern sind beide Wege bechreitbar und es bleibt eine politische Frage.

b) Presserecht

aa) Die Kompetenzfrage

Das gegenwärtige BDSG enthält eine Regelung zum Datenschutz im Pressewesen in § 41 BDSG. Der Gesetzentwurf enthält keine Regelung mehr. In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, der Landesgesetzgeber sei zuständig (BT-Drs. 18/11325, S. 79). Mit dieser Zurückhaltung hinsichtlich einer presserechtlichen Regelung aus kompetenziellen Gründen steht der Gesetzgeber nicht alleine. Auch die Literatur, die sich mit der Erfüllung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO auseinandersetzt bzw. die sich zu Art. 9 DS-GVO geäußert hat, geht davon aus, die Regelungen, bezogen auf die Verarbeitung für journalistische Zwecke, verlangen nach einem Kompetenztitel für das Presserecht.

Bei näherer Betrachtung ist allerdings die Ansicht, dem Bund stünde keine Gesetzgebungskompetenz zu, in dieser Form nicht wirklich überzeugend. Der Unterzeichner hat die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Pressewesen gemeinsam mit Johannes Weberling im Auftrag verschiedener Presseverbände in einem Rechtsgutachten geprüft, das sich gerade in der Finalisierung befindet. Die Verfasser kommen dabei zu dem Ergebnis, dass zutreffender Ansicht nach, entgegen der ganz überwiegenden Ansicht, dem Bund sehr wohl eine Gesetzgebungskompetenz für das Pressewesen zusteht und zwar kurzgefasst aus folgenden Gründen:

Sondernormen datenschutzrechtlicher Art, die den Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausfüllen, liegen im Überschneidungsbereich der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes für den Datenschutz im privaten Bereich und im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen der Länder für das Presserecht. Es handelt sich daher um Regelungen, die sowohl dem einen Gesetzgebungstitel als auch dem anderen zugeschrieben werden können. Als Regel für die Zuordnung einer Regelung zu einer Gesetzgebungskompetenz hat das Bundesverfassungsgericht folgende allgemeine Regelung aufgestellt:

bb) Die Zuordnung einer bestimmten Regelung zu einer Kompetenznorm geschieht anhand von unmittelbarem Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressat der zuzuordnenden Norm sowie der Verfassungstradition (vgl. BVerfGE 7, 29 <44>; 28, 21 <32>; 33, 125 <152 f.>; 106, 62 <105>). Für die Auslegung hat daher auch die bisherige Staatspraxis großes Gewicht (vgl. BVerfGE 33, 125 <152 f.>; 61, 149 <175>; 68, 319 <328>; 106, 62 <105>; 109, 190 <213>). Bei der Zuordnung einzelner Teilregelungen eines umfassenden Regelungskomplexes zu einem Kompetenzbereich dürfen die Teilregelungen nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet werden. Kommt ihre Zugehörigkeit zu verschiedenen Kompetenzbereichen in Betracht, so ist aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo sie ihren Schwerpunkt haben. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und ein dementsprechend geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung sprechen regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung (vgl. BVerfGE 97, 228 <251 f.>).

BVerfG, Ut. v. 12.03.2008, 2 BvF 4/03, juris Rn. 80 - Hessisches Privatrundfunkgesetz

So konnte ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht der Presse nicht auf dem Kompetenztitel der Presse durch die Länder eingeführt werden, da es sich um eine Frage des gerichtlichen Verfahrens handelte, für die eine abschließende Bundesregelung bestand. Ausschlaggebend für diese Zuordnung war die wesensmäßige und historische Zugehörigkeit des Zeugnisverweigerungsrechts zum Gebiet des Prozessrechts.

BVerfG, Beschl. v. 13.02.1974, 2 BvL 11/73, Rn. 23 f.

Ausgearbeiteter, aber inhaltlich vergleichbar ist das Verhältnis von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu der Kulturhoheit der Länder. Die Filmabgabe nach dem Filmförderungsgesetz durfte auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden. Das Gesetz sei nach seinem objektiven Regelungsgehalt auf die Förderung der deutschen Filmwirtschaft und des deutschen Films ausgerichtet, das auch die kreativ-künstlerische Qualität des deutschen Films zum Förderziel bestimmt.

BVerfG, Ut. v. 28.01.2014, 1 BvR 1561/12 u.A., juris Rn. 102 ff., - Filmabgabe

Dabei ist Filmabgabe nur ein Beispiel von vielen;

Der Bund durch auf der Grundlage seiner Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft Religionsgesellschaften in eine Abgabepflicht einbeziehen, (vgl. BVerfGE 55, 274 <309>),... auf der Grundlage der Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) gesetzliche Regelungen gegen die Verbreitung jugendgefährdender Schriften treffen (vgl. BVerfGE 31, 113 <117>), die warenverkehrsbezogene Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG für ein bestimmte Filme betreffendes Verbringungsverbot (vgl. BVerfGE 33, 52 <60 ff.>) und die Strafrechtskompetenz aus Art. 74 Nr. 1 GG a.F. für ein Verbot der öffentlichen Vorführung pornographischer Filme gegen Entgelt nutzen (vgl. BVerfGE 47, 109 <110, 115 ff.>), ohne Thematisierung der Kompetenzfrage) und auf der Grundlage des Kompetenztitels "Sozialversicherungsrecht" (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) das Künstlersozialversicherungsgesetz erlassen (vgl. BVerfGE 75, 108 <146>).

Vgl. BVerfG, Ut. v. 28.01.2014, 1 Br. 1561/12 u.A., juris Rn. 105 – Filmabgabe.

bb) Die Anwendung dieser Grundsätze auf die vorliegende Konstellation

Ob auf dieser Grundlage Ausnahmeregelungen für die Presse vom Bund oder vom Land zu erlassen sind, ist nicht eindeutig feststellbar. Für beide Ansichten lassen sich Argumente finden.

Für eine Zuordnung einer der Umsetzungsregeln zu Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zu der Kompetenz der Länder spricht:

- es sollen gerade die Besonderheiten der Presse beachtet werden;
- die Norm betrifft den eigentlichen Pressebereich in Form der Verarbeitung von Informationen (sofern sie personenbezogene Daten sind);
- historisch wurde in Deutschland die Regelung dieser Art als eine Regelung zum Presserecht qualifiziert;
- die überwiegende Ansicht geht von der Zuordnung zum Presserecht aus;
- Adressaten sind die Presseunternehmen;
- die Länder sind ebenso wie der Bund unmittelbar an das Europarecht gebunden.

Für die entgegengesetzte Ansicht sprechen:

- es geht um eine Ausnahme von einer Regelungskompetenz (privater Datenschutz), für die dem Bund die Kompetenz zusteht;
- es geht zugleich um eine Ausnahmeregelung von einer Gesamtkodifikation, die einen datenschutzrechtlichen Schwerpunkt hat; es geht daher um eine Annexregelung zu einem größeren Regelungskomplex; der Bund muss aufgrund der Verordnung den Datenschutz reformieren;
- Adressat der Ausnahmeregelungen sind Wirtschaftsunternehmen (Presseunternehmen), also auch Private;
- die Regelung, die erlassen werden soll, besitzt dem Inhalt nach datenschutzrechtlichen Inhalt. Die Regelungen sind dem Gegenstand nach auf personenbezogene Daten bezogen. Der Schwerpunkt liegt auf dem Datenschutzrecht. Dies sieht man auch an der Formulierung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Es sollen Ausnahmen vom Datenschutzrecht erlassen werden. Es geht um die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit bei der Regelung des Datenschutzes und es geht nicht um die Berücksichtigung des Datenschutzes bei den Regelungen zur Meinungsfreiheit. Nur hinsichtlich der Standards wird aufgrund der Besonderheit des Presserechts Rückgriff genommen;
- Der Bezug zum Datenschutz ist auch daran erkennbar, dass Meinungsfreiheit, Informationsfreiheit und die Spezialbereiche von Journalismus, Literatur und Kunst in einem Atemzug genannt werden, obwohl sie als Fachmaterien in den Mitgliedstaaten durchaus unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen zugewiesen sein können.
- In anderem Zusammenhang hat der Bund auch Regelungen zur Verarbeitung erlassen bzw. will sie im künftigen BDSG erlassen, obwohl es um Materien geht, die der Sache nach in Landeszuständigkeit stehen (vgl. § 27 BDSG-E).

Es ist daher entgegen der herrschenden Meinung nicht wahrscheinlich, dass das Bundesverfassungsgericht eine Sonderregelung des Bundes im BDSG, zur Umsetzung von Art. 82 Abs. 2 DS-GVO wegen einer fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für nichtig erklären würde.

cc) Keine Regelungspflicht

Eine Regelungspflicht des Bundes wird man dabei annehmen müssen, wenn nur der Bund den Regelungsauftrag aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfüllen könnte. Dies wird man aber nicht annehmen können. Die Länder besitzen ebenfalls Regelungskompetenz. Es ist durchaus möglich, dass Bund und Länder Regelungen zur gleichen Frage auf der Grundlage verschiedener

Kompetenztitel regeln können, ansonsten wäre auch die Kollisionsnorm des Art. 31 GG von einem wesentlichen Anwendungsbereich befreit.

Angesichts der überregionalen Wirkung von Poesstätigkeit wäre es allerdings schon sehr nahe liegend, wenn einheitliche Regelungen für die Verarbeitung von Daten vorlägen. Würde jetzt das Land A die alte Freistellung der Presse i.S.v. § 41 BDSG iVm Art. 85 DS-GVO übernehmen und ein anderes Land B nicht oder in substantiell anderer Form, wäre das nicht sehr glücklich.

Eine ursprünglich angenommene Gefahr des Vakuums bis zum Erlass der Landesregelungen schließt der Bund aus, indem das BDSG-E gemäß Art. 8 das BDSG alt erst mit Wirkung zum Mai 2018 aufhebt.

Vorschlag

Es wird vorgeschlagen, eine bundeseinheitliche Ausfüllung des Art. 85 DS-GVO für das Pressewesen aufzunehmen.

c) Allgemeines Polizeirecht

§ 40 Abs. 1 BDSG-E erweckt den Eindruck, weiter zu reichen, als er kompetenziell kann. § 40 Abs. 1 BDSG-E beruht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Die Kontrolle des Datenschutzes von Privaten, die Datenverarbeitung nicht zu wirtschaftlichen Zwecken verfolgen, aber dennoch in den Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung fallen (Homepage einer Privatperson) ist darauf aber nicht zu stützen:

Beispiel: Der ehrenamtliche Mitarbeiter M. stellt Fotos des letzten Vereinstuniers auf die Homepage des Turnsportvereins. Die Interessensabwägung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. f) Verordnung geht zu Gunsten der betroffenen Person aus. Die zuständige Aufsichtsbehörde möchte M. das daher untersagen. Sie kann sich dafür nicht auf § 40 BDSG-E stützen, vielmehr ist hier Landesrecht maßgeblich, da es um allgemeines Polizeirecht geht, das hoffentlich eine ergänzende Norm vorweist.

2. Abgrenzung Verordnung – Richtlinie

Die Abgrenzung zwischen der Richtlinie Justiz und Inneres und der Datenschutz-Grundverordnung ergibt sich aus dem Unionsrecht. Aus diesem Grunde wiederholt § 45 BDSG-E den Text von Art. 1 RL 2016/680. Schwierig sind zwei Fragen:

- inwiefern gilt die Richtlinie für präventives Handeln?
- ist das Ordnungswidrigkeitenrecht Strafrecht i.S.d. Richtlinie?

§ 45 BDSG-E beantwortet die erste Frage ausdrücklich, die zweite konkludent. Datenverarbeitung zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten werden vollständig erfasst, präventives Handeln nur, wenn es von Behörden vorgenommen wird, die auch für Strafverfolgung zuständig sind, d.h. von den Vollzugsbehörden nicht aber den Ordnungsbehörden. Im Umkehrschluss aus § 45 BDSG-E kann man folgern, dass die Verhütung von Ordnungswidrigkeiten nicht von § 45 BDSG-E erfasst werden soll, mit der Folge, dass die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit nur von solchen Behörden wahrgenommen werden kann, die gleichzeitig auch die Kompetenz haben, Straftaten zu verfolgen und zu ahnden. In der Gesetzesbegründung findet sich daher auch der Hinweis, dass die Gefahrenabwehr durch allgemeine Ordnungsbehörden, wie insbesondere den Waffenbehörden und Hygienebehörden nicht unter § 45 gefasst wird (BT-Drs. 18/11325, S. 110 f.).

Diese Auslegung des Anwendungsbereichs der Richtlinie ist, wie alles im Bereich der Konkretisierung der Datenschutzrichtlinie und der Datenschutz-Grundverordnung nicht zweifelsfrei, aber ein verhältnismäßig überzeugender Weg. Wenn der Bund sich dazu entschließt, diese Interpretation durchzuführen, läge es allerdings näher, diese Auslegung noch deutlicher im Normtext und § 45 BDSG-E zum Ausdruck zu bringen. Die Normanwender würden es dem Bund danken. Das prozessuale Risiko, das durch eine noch bestimmtere Norm eintritt, erscheint hinnehmbar.

Es wird daher vorgeschlagen bei § 45 S. 3 hinter „für die öffentliche Sicherheit“ einzufügen „durch die für die Verfolgung von Straftaten zuständigen öffentlichen Stellen“.

3. Ordnungswidrigkeitenrecht

a) Verschuldensfrage - § 41 Abs. 1 OWiG

Gemäß § 41 OWiG ist § 10 OWiG anwendbar, mit der Folge, dass das Handeln des Verantwortlichen vorsätzlich oder fahrlässig sein muss, um als Ordnungswidrigkeit zu gelten. Eine echte Zurechnungsnorm des Verschuldens der Repräsentanten kennt das OWiG aber nicht. § 30 OWiG kann zwar helfen, ist aber nicht ganz passend, weil er eine ergänzende Haftung begründet, es hier um eine originäre geht. Man sollte daher in § 41 Abs. 1 OWiG für die Verschuldenshaftung ausdrücklich auf § 30 OWiG verweisen.

Dies wäre allerdings nur möglich, wenn die Verschuldensvoraussetzungen ein zulässiges Tatbestandsmerkmal bilden. Das ist nicht ganz eindeutig, liegt aber wegen Art. 83 Abs. 8 und 9 DS-GVO und vor allem wegen EG 151 nahe. Man wird vom Begriff der Geldbuße her das Verschulden als begriffsimmanent verstehen können. Ordnungswidrigkeiten gem. Art. 83 DS-GVO setzen daher nach deutschem Verständnis Verschulden voraus. Das Strafrecht in Dänemark wird auch nicht ohne Verschuldenserfordernis auskommen.

b) Haftung der Repräsentanten

Der Referentenentwurf erstreckte die Ordnungswidrigkeitentatbestände, die für die Verantwortlichen gelten, auch auf die Angestellten. Das hat sich nicht durchgesetzt. Fraglich ist, ob die Repräsentanten einer juristischen Person über § 30 OWiG selbst haften sollen. Interpretatorisch wäre das möglich, ob das Gesetz das will, ist unklar. Hier wäre eine Klarstellung gut.

Es wird vorgeschlagen § 41 Abs. 1 BDSG-E um die Regelung zu ergänzen: Für die Zurechnung von Verschulden zu juristischen Person, die Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter ist und für die persönlichen Haftung des Handenden gilt § 30 OWiG entsprechend.

4. Videoüberwachung

Der Bundesgesetzgeber hat in § 4 BDSG-E eine spezielle Regelung zur Videoüberwachung erlassen, die für die öffentliche Hand und Private gleichermaßen gilt. Sie ist weiter als die alte Regelung in § 6b BDSG, weil sie auch die Überwachung öffentlicher Plätze durch Private erfasst.

Eine Änderung des BDSG zur Anpassung des § 6b BDSG ist gerade im Gesetzgebungsverfahren (vgl. BT-Drs. 18/11435: Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes - Erhöhung der Sicherheit in öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen und im öffentlichen Personenverkehr durch optisch-elektronische Einrichtungen (Videoüberwachungsverbesserungsgesetz)). Die gegenwärtige Fassung lebt davon, dass sie durch Satz 2 versucht, die Abwägungsentscheidung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO durch eine nationale gesetzgeberische Entscheidung zu beeinflussen, indem sie ein besonderes Gewicht für bestimmte Umstände vorschlägt. Dies ist offensichtlich unionsrechtswidrig. Der Gesetzgeber ist nicht der EuGH.

Der § 4 BDSG-E hat sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erheblich verändert. In dem Referentenentwurf von November 2016 war die Videoüberwachung gefährdeter Räume durch Private noch als öffentliche Aufgabe erklärt worden, so dass Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO griff. Das war aus deutscher Sicht ungewohnt, aber aus der Sicht der Verordnung gut vertretbar und insbesondere aus systematischen Gründen für die Gesetzgebung der Länder und für die bereichsspezifische Gesetzgebung als Vorbildwirkung erheblich. Es ist systematisch wichtig, ob der nationale Gesetzgeber im privaten Bereich nur die Möglichkeit haben soll, Rechtsgrundlagen über die Interessensabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO hinaus in der Form zu schaffen, dass er für die Privaten Pflichten schafft. Der Gesetzgeber sollte sich die Möglichkeit offen halten, bei Aufgaben im öffentlichen Interesse, Private für eine Datenverarbeitung zu ermächtigen ohne sie dazu zu verpflichten.

Es wird vorgeschlagen § 4 BDSG-E wie folgt zu fassen:

§ 4 Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume

(1) Für die Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume gilt:

1. öffentliche Stellen dürfen personenbezogene Daten aus optisch-elektronischen Einrichtungen verarbeiten (Videoüberwachung), wenn es für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben des Verantwortlichen erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der betroffenen Person überwiegen.
2. nicht-öffentliche Stellen dürfen personenbezogene Daten aus optisch-elektronischen Einrichtungen verarbeiten (Videoüberwachung), wenn es zum Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen erforderlich ist, die sich in öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen, insbesondere Sport-, Versamlungs- und Vergnügungsstätten, Einkaufszentren oder Parkplätzen, oder Einrichtungen und Fahrzeugen des öffentlichen Personenverkehrs aufhalten, und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der betroffenen Person überwiegen. Bei der Abwägungsentscheidung nach Satz 1 ist der Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen, die sich in Anlagen nach Satz 1 aufhalten, in besonderem Maße zu berücksichtigen.

5. Bonitätsauskunft und das Scoring

Eine weitere Regelung, die es „aus dem alten BDSG“ hinüber geschafft hat, sind die Regelungen zu Bonitätsauskunft und Scoring gemäß § 31 BDSG. Der Gesetzentwurf lässt offen, welche unionsrechtliche Grundlage den Mitgliedstaaten eine Konkretisierung in einem Bereich gestattet, der sonst unter Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO fallen würde. Im Referentenentwurf von

November 2016 waren Art. 6 Abs. 4 DS-GVO in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 der Verordnung, das heißt die Ermächtigung zur Regelung über die Zweckentfremdung, als Grund angeführt. Diese Berufung erscheint bei der Übermittlung an Auskunftsddateien zwar grundsätzlich möglich, würde aber bei der Datenverarbeitung zu Scoringzwecken nicht richtig überzeugen. Nach anderer Ansicht soll es sich bei § 31 BDSG-E um eine Verbraucherschutznorm handeln. Allein der Charakter den Verbraucherschutz zu verwirklichen, würde allerdings nicht eine Befreiung von den Anforderungen der Datenschutzverordnung ermöglichen. Die Datenschutz-Grundverordnung kennt Abgrenzungen zu anderen Richtlinien, wie etwa in Art. 95 DS-GVO, die Richtlinie zum Verbraucherschutz ist ausdrücklich nicht genannt. Die Verordnung geht davon aus, dass die Pflichten aus unionsrechtlichen Rechtsquellen grundsätzlich die Vorgaben der DS-GVO einhalten müssen. Das gilt auch für die Verbraucherrichtlinie. Art. 6 Abs. 3 DS-GVO gibt ausreichend Raum. Möglich wäre es auch hier, sich wieder auf Art. 6 Abs. 1 lit. e) BDSG-E in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 DS-GVO zu stützen, wenn man der Auffassung wäre, die Scoringstellen würden eine Aufgabe von öffentlichem Interesse wahrnehmen. Wenn man diese Konstruktion aber schon bei der Videoüberwachung nicht wählt, wird man sie beim Scoring kaum übernehmen können.

Es ist aus wissenschaftlicher Sicht schon erstaunlich, sich bei den Betroffenenrechten um jeden Halbsatz zu streiten, dann aber im Bereich der Bonitätsauskunft und Scoring, Verarbeitungsgrundlage von großer Tragweite mit völlig offener Rechtfertigung einfach durchzuwinken, weil der entsprechende Wirtschaftsbereich es wünscht.

Ändern wird man die Norm rein praktisch nicht mehr können, toll ist dieser unterschiedliche Umgang mit Partikularinteressen nicht.

Schön wäre es, §§ 31 BDSG-E so zu formulieren, dass die Rechtfertigung der Bonitätsübermittlung durch Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 DS-GVO und des Scoring durch Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO möglich ist.

6. Verhältnis der Aufsichtsbehörden mit anderen Behörden

Das BDSG hatte die Sanktionierung der Verletzung der Datenschutzbestimmungen noch nicht in der Weise primär in die Hände der Aufsichtsbehörde gegeben, wie die Datenschutz-Grundverordnung. Die Konzentration auf die Aufsichtsbehörden in der Datenschutz-Grundverordnung erscheint unglücklich, da Datenschutzverstöße oft bei Gelegenheit der sonstigen Kontrollen auftreten. Der Gesetzentwurf nimmt das Problem in § 40 Abs. 6 BDSG-E zur Kenntnis insofern, als dass die Gewerbeordnung unberührt bleibt. Dies dürfte etwas zu eng sein. Auch das sonstige Wirtschaftsrecht im weiteren Sinne, wie etwa das Recht auf freien Beruf oder das Recht der Banken und die dort bestehenden Aufsichtsstrukturen sollten Datenschutzverstöße prüfen dürfen.

Weiter sind die anderen Behörden zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten i.S.d. DS-GVO nicht zuständig, eine Erweiterung der Zuständigkeit über die Aufsichtsbehörden hinaus läge aber nahe.

Es sollte daher geprüft werden,

- ob nicht stattdessen ein Verweis in § 40 Abs. 6 BDSG-E aufgenommen wird, nachdem „die Befugnisse anderer Aufsichtsbehörden unberührt bleiben.“

- Und ob nicht die Verfolgung der Ordnungswidrigkeitentatbestände der Verordnung auch weiteren Behörden neben den Aufsichtsbehörden eröffnet werden sollte.

7. Allgemeine Verarbeitungsgrundlage

§ 3 BDSG-E schafft eine einheitliche Rechtsgrundlage für alle Bereiche, angelehnt an Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO. In der Gesetzesbegründung wird auf Art. 6 Abs. 3 DS-GVO verwiesen (BT-Drs. 18/11325, S. 79). Legt man dies zugrunde, dann ist es systematisch aber eigentlich zwingend auch die Norm Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO zu wiederholen.

Man sollte § 3 BDSG-E ergänzen um den Passus „oder zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, die sie unterliegt,“ ...

Dabei könnte man auch diskutieren, die Beschränkung auf öffentliche Stellen entfallen zu lassen. Sie ergibt sich aus dem ausfüllenden Recht von selbst.

III. Einzelfragen

§ 1 Abs. 4 BDSG-E

Für die deutschen Regelungen, bei denen von Öffnungsklauseln Gebrauch gemacht wird, muss das BDSG den Anwendungsbereich festlegen. § 1 Abs. 4 BDSG-E folgt dabei, wie auch das gegenwärtige BDSG, dem Gedanken des Herkunftslandprinzips. Danach werden Verantwortliche aus anderen Mitgliedsstaaten, die keinen territorialen Anknüpfungspunkt in Deutschland haben, aus dem Anwendungsbereich der Sondernormen herausgenommen. Dies ist sachgerecht.

§ 2 BDSG-E

Der Vorschlag des Bundesrates (BR-Drs. 110/17, S. 4), in § 2 BDSG-E den Begriff „anonymisieren“ zu definieren, wird unterstützt.

§ 6 Abs. 6 S. 3 BDSG-E

Auf Vorschlag des Bundesrates, den Begriff „Schriftstücke“ durch „Dokumente“ zu ersetzen, wird unterstützt, genauso bei § 13 Abs. 3 S. 3 BDSG-E.

§ 6 BDSG-E

Die Rechtsstellung des Datenschutzbeauftragten wird in § 6 BDSG-E konkurrierend zu Art. 38 DS-GVO geregelt. Das Bundesrecht ist dabei für den Datenschutzbeauftragten günstiger als das Unionsrecht, insbesondere weil es der Sache nach, einen Kündigungsschutz vorsieht (§ 6 Abs. 4 BDSG-E). Weiter regelt es die Vertraulichkeit gemäß § 6 Abs. 5 – Abs. 6 BDSG-E. Die detaillierte Regelung in Konkurrenz zum Unionsrecht wirft die Frage der Unionskonformität auf. Art. 37 – 39 DS-GVO enthalten keine ausdrücklichen Öffnungsklauseln. Allerdings verweist Art. 37 DS-GVO durch die ausdrückliche Sonderstellung des behördlichen Datenschutzbeauftragten konkludent

auf die Ausgestaltungsbefugnis der Mitgliedstaaten im Organisationsbereich. Weiter ist durch die Möglichkeit, in weiteren Fällen Datenschutzbeauftragte durch mitgliedstaatliches Recht zu normieren, die Materie insgesamt teilweise dem mitgliedstaatlichen Recht eröffnet. Geht man von einer Regelungsbefugnis aufgrund der Organisationshoheit der Mitgliedsstaaten aus, dürfte der EG 8 es gestatten wiederholendes Unionsrecht aufzunehmen. Insofern ist von der Unionsrechtskonformität des § 6 BDSG-E im Ergebnis auszugehen.

§ 19 Abs. 2 BDSG-E

Das Unionsrecht sieht vor, dass der Betroffene das Recht hat, jede Aufsichtsbehörde seiner Wahl mit einer Beschwerde zu befassen und diese dann die Beschwerde bescheiden muss (Art. 77 Abs. 2 DS-GVO). Das deutsche Recht definiert diese angerufene Aufsichtsbehörde kurzerhand um, indem die Beschwerde an die zuständige Aufsichtsbehörde weitergereicht wird und dies als die angerufene Behörde definiert wird (§ 19 Abs. 2 BDSG-E).

Das BDSG-E reduziert die unionsrechtlich gegebenen Möglichkeiten gemäß § 19 Abs. 2 BDSG-E ganz erheblich. Danach muss die angerufene Aufsichtsbehörde, die nicht zuständig ist, die Beschwerde an die sachlich zuständige Aufsichtsbehörde weiterreichen. Die empfangene Aufsichtsbehörde wird dann nach deutschem Recht als die Behörde erklärt, bei der die Beschwerde eingereicht wurde. Sie muss dann die Beschwerde bescheiden. Von einer Pflicht, die gleiche Sprache zu verwenden, wie die Behörde, bei der die Beschwerde eingereicht wurde, wird man ausgehen müssen, weil ansonsten die Regelung in § 19 Abs. 2 BDSG-E die Rechte der betroffenen Person erheblich verschlechtern würde. Art. 77 DS-GVO geht erkennbar davon aus, dass die Pflichten gemäß Art. 77 Abs. 2 DS-GVO die Behörde treffen, bei der die Beschwerde eingereicht wurde. Das deutsche Recht versucht nun das Unionsrecht umzudefinieren. Auch wenn die Regelung des § 19 Abs. 2 BDSG-E sachlich vernünftig und einleuchtend ist und insofern glücklicher ist als die Regelung des Art. 77 DS-GVO, ändert § 19 Abs. 2 BDSG-E ohne erkennbaren Grund das Unionsrecht und verstößt somit gegen den Anwendungsrang des Unionsrechts und dürfte eine gerichtliche Überprüfung auf seine Unionskonformität kaum „überleben“.

Angemessene und spezifische Maßnahmen - § 22 Abs. 2 BDSG-E/ § 28 Abs. 1 BDSG-E/ § 37 Abs. 2 BDSG-E

Die Verordnung kennt an verschiedenen Stellen die Konstruktion, dass sie die Mitgliedstaaten zu nationalen Regelungen ermächtigt unter der Bedingung, dass diese dann angemessene Sicherungen zugunsten der Interessen des Betroffenen vorsehen. So etwa bei Art. 9 Abs. 2 lit. b), g), i) DS-GVO, auf die unter anderem § 22 BDSG-E gestützt wird, als auch bei Art. 9 Abs. 2 lit. j) DS-GVO, auf den § 27 BDSG-E gestützt wird, als auch bei Art. 9 Abs. 2 lit. g) DS-GVO auf den § 37 BDSG-E gestützt wird und vergleichbar bei Art. 89 Abs. 1 DS-GVO, auf den § 28 BDSG-E gestützt ist.

Der nationale Gesetzgeber garantiert diese besondere Sicherung nicht so, dass er selbst die Sicherungsmaßnahmen bestimmt, sondern den Verantwortlichen die Erfüllung dieser Voraussetzung auferlegt. Fraglich ist, ob das genügt. Da die Erfüllung dieser Tatbestandsvoraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Wahrnehmung der jeweiligen nationalen Sonderregelungen für den Verantwortlichen ist, stellt diese Regelungstechnik im Ergebnis sicher, dass den Betroffenen die spezifischen Maßnahmen im Ergebnis zu Gute kommen oder die Verarbeitung rechtswidrig ist. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Regelungstechnik unionsrechtlich noch hinnehmbar ist.

§ 23 BDSG-E

Das BDSG-E macht von der Ermächtigung in Form von Art. 6 Abs. 4 S. 1 i. V. m. Art. 23 DS-GVO insbesondere durch die §§ 23-25 BDSG-E Gebrauch. Dort regelt es die Verarbeitung zu anderen Zwecken durch öffentliche Stellen (§ 23 BDSG-E) durch nicht-öffentliche Stellen (§ 24 BDSG-E) als auch die Datenübermittlung durch öffentliche Stellen (§ 25 BDSG-E). Ursprünglich wollte der Gesetzgeber die Weiterverarbeitung sowohl für öffentliche als auch für nicht-öffentliche Stellen in einer Vorschrift normieren.

Das BDSG kennt in § 23 BDSG-E sieben Fallgruppen, unter denen die Zweckänderung zulässig ist. Es formuliert die Fallgruppen selbstständig und übernimmt nicht den Normtext von Art. 23 DS-GVO, darin liegt unionsrechtlich ein gewisses Risiko.

§ 25 BDSG-E

Das BDSG enthält eine Regelung zur Datenübermittlung durch öffentliche Stellen (§ 25 BDSG-E), nicht aber für private Stellen. Sicher gibt es einen Grund weshalb § 23 BDSG-E durch § 25 BDSG-E ergänzt wird, § 24 BDSG-E aber nicht durch einen § 25a BDSG-E. Leider hat sich dieser Grund dem Unterzeichner aber nicht offenbart.

Unverhältnismäßiger Aufwand - § 27 Abs. 2 BDSG-E

Der BDSG-Entwurf sieht an mehreren Stellen den Ausschluss gewisser Rechte vor, wenn die Erfüllung für den Verantwortlichen einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten würde, so etwa in § 26 Abs. 1 BDSG-E am Ende (bezogen auf Öffnungsklausel Art. 88 DS-GVO), weiter in § 27 Abs. 2 S. 2 BDSG-E (bezogen auf Art. 89 Abs. 2 DS-GVO), in § 32 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E (bezogen auf Art. 13 DS-GVO) sowie § 34 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E (bezogen auf Art. 14 DS-GVO, hier allerdings mit ausdrücklicher Ermächtigung in Art. 14 Abs. 4 DS-GVO), § 35 Abs. 1 BDSG-E (bezogen auf Art. 17 DS-GVO), § 34 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E (bezogen auf Art. 21 Abs. 1 lit. i) DS-GVO).

Im Fall des Art. 14 DS-GVO (abgesehen von dem wohl nicht relevanten Art. 19 DS-GVO) findet sich in der unionsrechtlichen Grundlage allerdings keine ausdrückliche Ermächtigung den Aufwand zu berücksichtigen.

§ 32 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E

Der Rechtfertigungsgrund von § 32 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E ist unionsrechtlich nicht ganz deutlich. Der Gesetzentwurf nimmt dazu nicht ausdrücklich Stellung. Der Referentenentwurf im November 2016 berief sich auf Art. 14 Abs. 4 DS-GVO analog. Auch Art. 23 Abs. 1 DS-GVO dürfte kaum eingreifen. Es handelt sich daher bei dieser Fallgruppe um eine nationalrechtlich etwas gewagte Vorschrift.

§ 33 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E

Nach dem Referentenentwurf aus November 2016 scheint § 33 Abs. 1 Nr. 2a BDSG-E wiederum auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO geschützt zu sein. Auch hier liegt wieder eine zwar logisch mögliche, wertungsmäßig aber großzügige Interpretation des Passus „Rechte oder Freiheiten anderer Personen“ vor.

§ 34 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E

§ 34 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E scheint nach der Begründung des Referentenentwurfs von November 2016 auf Art. 23 Abs. 1 lit. i) DS-GVO gestützt zu sein. Der Schutz des Verantwortlichen vor unverhältnismäßigen Maßnahmen in Randbereichen kann streng genommen als ein Schutz der

Rechte und Freiheiten anderer Personen verstanden werden. Eine gewagte unionsrechtliche Interpretation bildet es dennoch.

§ 35 Abs. 3 BDSG-E

§ 35 Abs. 3 BDSG-E lässt die Löschungspflicht entfallen, wenn der Verantwortliche, das Recht, dem er unterliegt und das gem. Art. 17 Abs. 3 DS-GVO die Ausnahme rechtfertigen soll (BT-Drs. 18/11325), selbst geschaffen hat oder freiwillig mit Dritten eingegangen ist. Dafür kann die betroffene Person aber nichts. Sofern der Verantwortliche nicht verpflichtet war diese Art von Rechtsbindung einzugehen, dürfte Art. 17 Abs. 3 DS-GVO diese Ausnahme nicht rechtfertigen.

Generell ist festzustellen, dass sich das neue BDSG sehr an seine Vorgängerregelungen anlehnt. Dies zeigt sich z.B. durch die Beibehaltung der systematischen Unterscheidung zwischen „öffentlichen Stellen“ und „nicht-öffentlichen Stellen“. Auch im Rahmen der Ausnahmen von den Betroffenenrechten (§§ 32 ff. BDSG-neu) orientiert sich das neue Gesetz stark an den Regelungen des alten BDSG.

§ 36 BDSG-E

Bei § 36 a.E. BDSG-E könnte man Zweifel haben, ob der Ausschluss des Widerspruchsrecht in allen Fällen, in denen eine Rechtsvorschrift zur Verarbeitung verpflichtet, mit Art. 21 DS-GVO vereinbar ist, da dort diese Ausnahme nicht genannt wird. Da § 36 BDSG-E aber der Sache nach Verarbeitungen auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO erfasst und für diese das Widerspruchsrecht nicht greift, dürfte die Regelung möglich sein. Sinnvoll ist sie.

§ 51 BDSG-E

Die Richtlinie Justiz und Inneres kennt als Rechtsgrundlage nur die Erfüllung gesetzlich vorgegebener Aufgaben gemäß Art. 8 JI-RL. Die Einwilligung ist nicht aufgeführt. Im Erwägungsgrund 35 am Ende weist die Richtlinie aber darauf hin, dass die Mitgliedstaaten das Recht behalten, die Einwilligung in bestimmten Situationen als Rechtsgrundlage zu normieren. Glücklicherweise ist dies nicht, weil die Erwägungsgründe den normativen Text des Art. 8 JI-RL Richtlinie nicht verändern können. Die Erwägungsgründe helfen aber, die Reichweite der Ausschließlichkeit der Regeln des Art. 8 JI-RL zu bestimmen. Offenbar geht der Normgeber bei der Richtlinie davon aus, die Bindungswirkung des Art. 8 JI-RL würde die Einwilligung nicht ausschließen. Aus deutscher Sicht ist die Möglichkeit der Einwilligung auch im Anwendungsbereich von § 45 BDSG-E mehr als wünschenswert. Die Möglichkeit einer Alkoholkontrolle durch „Blasen in das Röhrchen“ wäre ohne die Regeln des § 51 BDSG-E rechtlich in Zukunft nicht mehr möglich gewesen.

Heinrich Wolff

(Das Schreiben wurde als Datei versendet und ist nicht unterschrieben)

I. Allgemein	1
1. Besonderheiten	1
2. Ausprägung des Gesetzes	2
3. Die Systematik des BDSG-E	3
a) Verordnungsteil	3
b) Umsetzung der Richtlinie	3
c) Rein nationaler Raum	3
II. Übergreifende Fragen	4
1. Kompetenzfrage	4
a) Vertretungsregelung im EDA	4
b) Presserecht	5
c) Allgemeines Polizeirecht	8
2. Abgrenzung Verordnung – Richtlinie	8
3. Ordnungswidrigkeitenrecht	9
a) Verschuldensfrage - § 41 Abs. 1 OWiG	9
b) Haftung der Repräsentanten	9
4. Videoüberwachung	9
5. Bonitätsauskunft und das Scoring	10
6. Verhältnis der Aufsichtsbehörden mit anderen Behörden	11
7. Allgemeine Verarbeitungsgrundlage	12
Man sollte § 3 BDSG-E ergänzen um den Passus „oder zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, die sie unterliegt,“...	12
III. Einzelfragen	12
§ 1 Abs. 4 BDSG-E	12
§ 2 BDSG-E	12
§ 6 Abs. 6 S. 3 BDSG-E	12
§ 6 BDSG-E	12
§ 19 Abs. 2 BDSG-E	13
Angemessene und spezifische Maßnahmen - § 22 Abs. 2 BDSG-E/ § 28 Abs. 1 BDSG-E/ § 37 Abs. 2 BDSG-E	13
§ 23 BDSG-E	14
§ 25 BDSG-E	14
Unverhältnismäßiger Aufwand - § 27 Abs. 2 BDSG-E	14
§ 32 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E	14
§ 33 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E	14
§ 34 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E	14
§ 35 Abs. 3 BDSG-E	15
§ 36 BDSG-E	15
§ 51 BDSG-E	15