



Ausarbeitung

Die Öffnungsklausel des Art. 85 der Datenschutz-Grundverordnung

Die Öffnungsklausel des Art. 85 der Datenschutz-Grundverordnung

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 123/18
Abschluss der Arbeit: 27.04.2018
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

1. Fragestellung

Die Ausarbeitung thematisiert, ob und inwieweit der deutsche Gesetzgeber bisher von der Öffnungsklausel des Art. 85 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) Gebrauch gemacht und unter Beachtung des Abwägungsgebots entsprechende abweichende Regelungen zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit erlassen hat.

2. Die Öffnungsklausel des Art. 85 Datenschutz-Grundverordnung

Die Datenschutz-Grundverordnung gilt ab dem 25. Mai 2018 unmittelbar im innerstaatlichen Rechtsraum und verdrängt sämtliche ihr entgegenstehenden nationalen Vorschriften. Nach der allgemeinen Erlaubnisnorm des Art. 6 DSGVO bedarf es für eine rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich einer Einwilligung oder des Vorliegens eines Erlaubnistatbestandes. Die europäischen Vorgaben belassen den nationalen Gesetzgebern im Rahmen sog. Öffnungsklauseln jedoch diverse eigene Regelungsspielräume.¹ Eine entsprechende Bestimmung findet sich in Art. 85 DSGVO, wonach für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die die Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit berühren, erleichternde Regelungen geschaffen werden können. Ausdrücklich bestimmt **Art. 85 Abs. 1 DSGVO** hierzu:

„Die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang.“

Die Mitgliedstaaten werden demnach beauftragt, das Recht auf freie Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit in einen Ausgleich mit dem Datenschutz zu bringen.²

Über diesen allgemeinen Regelungsauftrag hinaus verbürgt **Art. 85 Abs. 2 DSGVO** den Auftrag an die Mitgliedstaaten,³ zugunsten der Datenverarbeitung für journalistische, wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Zwecke Abweichungen oder Ausnahmen vorzusehen.⁴ Hierzu beinhaltet die Regelung zahlreiche Öffnungsklauseln für zentrale Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung. Hintergrund des so normierten Medien- und Wissenschaftsprivilegs ist der grundrechtliche Schutz von Tätigkeiten, die auf eine datengestützte Recherche angewiesen sind.⁵ So wäre etwa journalistische Arbeit kaum möglich, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten

1 Vgl. im Allgemeinen dazu: Benecke/Wagner, Öffnungsklauseln in der Datenschutz-Grundverordnung und das deutsche BDSG – Grenzen und Gestaltungsspielräume für ein nationales Datenschutzrecht, DVBl. 2016, S. 600.

2 Vgl. Stender-Vorwachs, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 23. Edition, Stand: 1.8.2017, Art. 85 DSGVO Rn. 2 f.

3 Es handelt sich dabei um eine sog. „obligatorische Öffnungsklausel“, vgl. dazu Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, S. 293.

4 Pauly, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 DSGVO Rn. 5.

5 Vgl. Stender-Vorwachs, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 23. Edition, Stand: 1.8.2017, Art. 85 DSGVO Rn. 22.

generell von der nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO geforderten Einwilligung der jeweiligen betroffenen Person abhänge. Die Presse könnte ihre verfassungs- und unionsrechtlich zuerkannten und garantierten Aufgaben nur unter erschwerten Bedingungen wahrnehmen.⁶ Art. 85 Abs. 2 DSGVO erlaubt daher Abweichungen von den Regelungen der Kapitel II bis VII und IX der DSGVO, sofern diese erforderlich sind, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen. Nicht von der Öffnungsklausel umfasst sind hingegen insbesondere die Regelungen des VIII. Kapitels, das Vorgaben für Rechtsbehelfe, die Haftung und Sanktionen beinhaltet.⁷ Der Gesetzgeber in Bund und Ländern kann daher die genannten Rechtsbereiche in Abweichung zu den datenschutzrechtlichen Vorgaben ausgestalten und damit deren Funktionsfähigkeit gewährleisten.

3. Erfüllung des Regelungsauftrags durch bestehendes Recht

In der juristischen Literatur ist **umstritten**, ob der nationale Gesetzgeber tatsächlich verpflichtet ist, auf Grundlage des Art. 85 Abs. 2 DSGVO **neue Bestimmungen** zu schaffen und diese nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO dann der Kommission mitzuteilen. Denkbar ist hingegen auch, die Öffnungsklausel für bereits **bestehende Sonderregelungen** zu nutzen.

Hierzu wird etwa die Auffassung vertreten, es könnten die schon vor Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung für Presse, Rundfunk, Wissenschaft und Kunst erlassenen datenschutzrechtlichen Bestimmungen beibehalten werden.⁸ Diese würden demgemäß nicht durch die Datenschutz-Grundverordnung verdrängt. Demnach blieben die bisherigen Sonderregelungen, die etwa im Presse- und Rundfunkrecht existieren, weiterhin bestehen, müssten der Kommission nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO mitgeteilt werden.

Andere Stimmen in der Literatur gehen hingegen davon aus, dass gegen einen solchen Fortbestand gewichtige Argumente sprechen. Art. 85 DSGVO enthalte gerade einen Auftrag zur Abwägung und Regelung durch die nationalen Gesetzgeber. Hierfür spreche der eindeutige Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 DSGVO („aufgrund von (...) erlässt“) sowie ein systematischer Vergleich zu Art. 88 Abs. 1 DSGVO.⁹ Nach dieser Ansicht würden die bisherigen Sonderregelungen durch den Anwendungsvorrang der Datenschutz-Grundverordnung verdrängt werden, bis entsprechende „neue“ Regelungen geschaffen werden.

Für die erste Ansicht spricht deren grundrechtsschützender Charakter. Würden lediglich neue Regelungen in den Anwendungsbereich der Öffnungsklausel fallen, würden die genannten Bereiche möglicherweise in ihrer Funktionalität beeinträchtigt werden. Dies wäre aus grundrechtli-

6 Vgl. hierzu auch: BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2015 – 1 B 32/15 –, juris, Rn. 5.

7 Stender-Vorwachs, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 23. Edition, Stand: 1.8.2017, Art. 85 DSGVO Rn. 24.

8 So etwa Pauly, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 DSGVO Rn. 14.

9 Vgl. Stender-Vorwachs, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 23. Edition, Stand: 1.8.2017, Art. 85 DSGVO Rn. 32.

cher Sicht problematisch, da sämtliche dieser Bereiche selbst durch einen umfassenden Grundrechtsschutz umfasst werden (z.B. Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit). Die datenschutzrechtlichen Vorgaben könnten so einen Grundrechtskonflikt auslösen. Selbst wenn man jedoch an dieser Stelle der ersten Ansicht folgt, liegt es dennoch zumindest rechtspolitisch nahe, die bestehenden Regelungen mit den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung in Einklang zu bringen.¹⁰

4. Bundesrecht

Auf der Ebene des Bundesrechts sind bisher kaum Regelungen vorhanden, die sich auf Art. 85 DSGVO stützen. Lediglich § 41 Abs. 1 BDSG in der derzeit geltenden Fassung enthält Regelungen zugunsten von journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken. In § 41 Abs. 2 ff. BDSG sind zudem besondere Regelungen für die Tätigkeit der Deutschen Welle vorgesehen. Die Regelungen des § 41 Abs. 1 BDSG werden ab dem 25.05.2018 keine Anwendung mehr finden, da der Bundesgesetzgeber nunmehr ausschließlich die Länder für regelungsbefugt hält.¹¹

Soweit ersichtlich liegen derzeit auf Bundesebene keine Gesetzesentwürfe für zukünftige Regelungen vor, die sich auf Art. 85 DSGVO stützen. Auch das ab dem 25.05.2018 geltende Bundesdatenschutzgesetz enthält keine Vorgaben, die sich ausdrücklich auf Art. 85 DSGVO stützen. §§ 27, 28 und 50 BDSG in der ab dem 25.05.2018 geltenden Fassung enthalten zwar detaillierte Privilegierungsregelungen zugunsten von wissenschaftlichen und archivischen sowie statistischen Zwecken. Die Regelungen stützen sich allerdings ausweislich der Gesetzesbegründung auf Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO, der eine weitere Öffnungsklausel für die Verarbeitung für Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gemäß Art. 89 Abs. 1 enthält.¹²

5. Landesrecht

Entsprechend der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern dürften überwiegend die Länder berufen sein, Regelungen unter Ausnutzung der Öffnungsklausel des Art. 85 DSGVO zu erlassen. Insbesondere betrifft dies die Bereiche des Presse- und Rundfunkrechts. Beide Rechtsmaterien beinhalten bereits abweichende Regelungen zum geltenden Datenschutzrecht, sog. **Medienprivileg**.¹³ Für den Bereich des Rundfunkrechts ist aktuell eine Änderung des Rundfunk-

10 Einen solchen Ansatz verfolgen die Länder offenbar bei der Novellierung des Rundfunkstaatsvertrages. Vgl. hierzu die Mitteilung des Senats vom 1. November 2017 an die Bremische Bürgerschaft zum Einundzwanzigsten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, Drs. 19/1282 S. 1 f.

11 Vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 79.

12 Vgl. Stender-Vorwachs, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 23. Edition, Stand: 1.8.2017, Art. 85 DSGVO Rn. 39; BT-Drs. 18/11325, S. 99 f.

13 Vgl. Buchner, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 23. Edition, Stand: 01.02.2018, § 41 BDSG, Rn. 1.

staatsvertrages vorgesehen. Diese soll die rundfunkrechtlichen Vorgaben mit den neuen Regelungen zum Datenschutz in Einklang bringen.¹⁴ Die Änderungen sollen nach Ratifizierung in den Landesparlamenten noch bis zum 25.05.2018 in Kraft treten.¹⁵

Der Bundesgesetzgeber geht zudem davon aus, dass auch die Privilegien der Presse von den zuständigen Landesgesetzgebern entsprechend absichert werden.¹⁶ Die Länder sind daher im Sinne des Art. 85 Abs. 1 DSGVO berufen, entsprechende Regelungen zu erlassen. Exemplarisch hierfür ist etwa Art. 38 des ab dem 25.05.2018 geltenden Bayerischen Datenschutzgesetzes zu nennen. Die Vorschrift stützt sich ausdrücklich auf die Öffnungsklausel des Art. 85 DSGVO und dient dazu, die journalistisch-redaktionelle und literarische Arbeit mit den Anforderungen der DSGVO in Einklang zu bringen.¹⁷

* * *

14 Vgl. hierzu die Mitteilung des Senats vom 1. November 2017 an die Bremische Bürgerschaft zum Einundzwanzigsten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, Drs. 19/1282.

15 Vgl. hierzu die Ausführungen der Niedersächsischen Staatskanzlei: <https://www.stk.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/landesregierung-beschliet-21-rundfunkaenderungsstaatsvertrag--europakonforme-regelungen-zum-datenschutz-und-zur-zusammenarbeit-der-oeffentlich-rechtlichen-159834.html> (Stand: 26.04.2018).

16 Vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 79.

17 Vgl. Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Bayerisches Datenschutzgesetz, Drs. 17/19628, S. 52.