

Prof. Dr. Meinhard Schröder

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht
und Informationstechnologierecht



UNIVERSITÄT
PASSAU

Juristische Fakultät

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)187 D

Telefon	Prof. Dr. Meinhard Schröder 0851 509-2381
Telefax	0851 509-2382
E-Mail	Meinhard.Schroeder @uni-passau.de
Datum	6.12.2018

Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 – 2. DSAnpUG-EU

Primäres Ziel des Gesetzes ist es, die zahlreichen bereichsspezifischen Datenschutzregelungen des deutschen Rechts mit dem europäischen Unionsrecht, d.h. mit der Verordnung (EU) 2016/679 und der Richtlinie (EU) 2016/680, (redaktionell) in Einklang bringen. Nach eingehender Durchsicht des Entwurfs erscheinen folgende Bemerkungen veranlasst.

1. Umgang mit Öffnungsklauseln

Die Verordnung (EU) 2016/679 beabsichtigt in ihrem Anwendungsbereich eigentlich eine Vollharmonisierung des europäischen Datenschutzrechts; es soll unionsweit ein gleichwertiges Schutzniveau herrschen (insbes. ErwGr 10). Gleichwohl enthält die Verordnung zahlreiche Öffnungsklauseln, in deren Anwendungsbereich die Mitgliedstaaten beispielsweise zwischen bestimmten Optionen wählen dürfen oder bestimmte Konkretisierungen vornehmen dürfen oder müssen.

Eine Durchsicht des vorliegenden Gesetzesentwurfs zeigt, dass im deutschen Recht vor allem in dreierlei Hinsicht von den Öffnungsklauseln Gebrauch gemacht wird: Erstens bestehen zahlreiche Regelungen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) und lit. e) der Verordnung (EU) 2016/679 – dazu im Folgenden a). Zweitens geht es in einigen Fällen um die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, wobei Art. 9 Abs. 2 lit. g) und Abs. 4 der Verordnung (EU) 2016/679 bedeutsam sind – dazu b). Drittens wird mehrfach von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, gem. Art. 23 der Verordnung (EU) 2016/679 Betroffenenrechte einzuschränken – dazu im Folgenden c). Ergänzend wird auf die im Entwurf nicht angesprochene, aber in der öffentlichen Diskussion häufig in Zusammenhang mit den Betroffenenrechten gebrachte Frage des deutschen Sonderwegs für den Datenschutzbeauftragten für nicht-öffentliche Stellen eingegangen – dazu d).

a) Regelungen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) und lit. e) der Verordnung (EU) 2016/679

In Ausnutzung von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) und lit. e) können durch nationales Recht Rechtsgrundlagen für eine Datenverarbeitung geschaffen werden. Beide Öffnungsklauseln sind durch weitgehende Parallelen geprägt, die aus der Verwendung des Begriffs der Erforderlichkeit sowie aus den in beiden Fällen anwendbaren Vorgaben der Abs. 2 und 3 des Art. 6 resultieren. Gemäß diesen Vorschriften können im mitgliedstaatlichen Recht auch „spezifische Bestimmungen“ vorgesehen werden, die den Umgang mit Daten nur in geringerem Umfang erlauben, als er sonst in der Verordnung vorgesehen ist; hierzu zählen etwa Beschränkungen der Verarbeitungserlaubnis auf bestimmte Kategorien von Daten, Zweckverbote oder über Art. 5 Abs. 1 lit. e) der Verordnung hinausgehende Löschungspflichten für den Verantwortlichen.

Das in Ausnutzung von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) und lit. e) entstehende „bereichsspezifische Datenschutzrecht“ muss insbesondere

- gesetzlich vorgesehen sein,
- den Zweck der Datenverarbeitung angeben, und
- verhältnismäßig sein

Bedenken, dass der Gesetzentwurf diesen nicht neuen und auch verfassungsrechtlich seit jeher anerkannten Anforderungen entspricht, bestehen mit Blick auf diejenigen Befugnisnormen, die nur sprachlich modifiziert werden, nicht (siehe aber noch unten 3.). Soweit neue Befugnisse zur Datenverarbeitung geschaffen werden oder der Anwendungsbereich der bestehenden erweitert wird, ist vor allem auf die Verhältnismäßigkeit zu achten.

b) Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Die Verordnung (EU) 2016/679 unterwirft die Verarbeitung von besonders sensiblen personenbezogenen Daten besonders strengen Anforderungen. Sie ist nur in den in Art. 9 Abs. 2 genannten Fällen zulässig. Als Ausnahmeregelung zu Abs. 1 sind die in Abs. 2 genannten Bestimmungen restriktiv auszulegen.

Als Öffnungsklausel wirkt Art. 9 Abs. 2 lit. g) der Verordnung (EU) 2016/679, der die Verarbeitung unter folgenden Voraussetzungen ermöglicht:

- Rechtsgrundlage im Recht der Mitgliedstaaten (oder im Unionsrecht)
- Gründe eines erheblichen öffentlichen Interesses
- angemessenes Verhältnis zu dem verfolgten Ziel
- Wahrung des Wesensgehalts des Rechts auf Datenschutz, und
- angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person

Zweifelhaft erscheint, ob sich ein Mitgliedstaat darauf beschränken kann, im nationalen Recht eine Generalklausel zu schaffen, nach der im Fall eines erheblichen öffentlichen Interesses eine Datenverarbeitung zulässig ist, wie dies im neuen Art. 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) BDSG der

Fall sein soll (Art. 12 Nr. 7 des Änderungsgesetzes). Für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens spricht zwar, dass die Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 lit. g) der Verordnung (EU) 2016/679 letztlich nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden kann. Allerdings hat der Unionsgesetzgeber das erhebliche öffentliche Interesse im Unterschied zu den anderen Buchstaben in Art. 9 Abs. 2 gerade nicht als unmittelbar anwendbare Ausnahme vom dem in Art. 9 Abs. 1 etablierten grundsätzlichen Verbot der Verarbeitung besonders sensibler Daten anerkannt, sondern es der Ausgestaltung durch das Recht der Mitgliedstaaten (oder der Union) überlassen. Auch die Formulierung „Gründe eines erheblichen öffentlichen Interesses“ in der Norm spricht dafür, dass der nationale Gesetzgeber eine konkrete Situation, eben einen Grund, vor Augen haben muss, aus dem er die Verarbeitung für geboten hält. Letztlich sollen – ähnlich wie durch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) und lit. e) – bereichsspezifische Datenschutznormen ermöglicht werden. Das „erhebliche öffentliche Interesse“ kann bei dieser Lesart nur als Grund für die Einführung dieser Normen dienen, ohne nähere Präzisierung aber nicht als Rechtfertigung für die Verarbeitung der besonders sensiblen Daten. Das Minimum an Präzisierung, das man verlangen müssen wird, ist eine Angabe des Bezugs zu einer bestimmten Aufgabe (so geschehen etwa in Art. 1 des Änderungsgesetzes für § 31 des Staatsangehörigkeitsgesetzes oder in Art. 48 des Änderungsgesetzes für § 7 des Asylgesetzes); die allgemeine Querschnittsregel im BDSG lässt dies vermissen.

Die Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 4 der Verordnung (EU) 2016/679 erlaubt nicht die Schaffung zusätzlicher Befugnisse zur Verarbeitung besonders sensibler Daten, sondern nur die Einschränkung der sich aus Abs. 2 ergebenden Befugnisse durch die Mitgliedstaaten im Hinblick auf ganz bestimmte Daten (Bedingungen und Beschränkungen). Der Entwurf macht hiervon mehrfach Gebrauch, wenn beispielsweise die Einwilligung in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten in einer bestimmten Form erfolgen muss.

c) Einschränkungen von Betroffenenrechten gemäß Art. 23 der Verordnung (EU) 2016/679

Die Betroffenenrechte sind in Art. 12–22 der Verordnung (EU) 2016/679 geregelt. Hierzu gehören nicht nur Bestimmungen, aufgrund derer die betroffene Person bestimmte Ansprüche gegen den Verantwortlichen geltend machen kann, wie etwa das Auskunftsrecht nach Art. 15, sondern auch Bestimmungen, nach denen der Verantwortliche ohne Aufforderung tätig werden muss, namentlich die Informationspflichten gemäß Art. 12–14.

Die Betroffenenrechte können gemäß Art. 23 der Verordnung (EU) 2016/679 eingeschränkt werden. Solche Einschränkungen müssen fünf Voraussetzungen erfüllen

- Regelung in einem Gesetz
- Achtung des Wesensgehalts der Grundrechte und Grundfreiheiten
- Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft und Verhältnismäßigkeit
- Mindestens ein legitimes Ziel aus dem Katalog in Art. 23 Abs. 1 lit. a) – j)
- Falls möglich, alle Schutzmaßnahmen gem. Art. 23 Abs. 2

Wo nach deutschem Recht Betroffenenrechte eingeschränkt werden, nennt der Entwurf in den meisten Fällen mindestens ein legitimes Ziel aus dem Katalog des Art. 23 Abs. 1 unter

Angabe des relevanten Buchstabens; wo dies nicht der Fall ist, ist zumindest das Ziel erkennbar. Auch die Verhältnismäßigkeit der Einschränkung wird durchweg begründet.

Überzeugend ist, dass der Entwurf nicht Forderungen nachgibt, KMU, Vereine oder andere Akteure, für die die Befolgung der Vorgaben der Verordnung (EU) 2016/679 einen bisher nicht gekannten Aufwand verursacht, von einzelnen Pflichten der Art. 12–22 auszunehmen, denn für eine solche Privilegierung kann angesichts des Katalogs in Art. 23 Abs. 1 lit. a) – j) keine unionsrechtskonforme nationale Rechtsgrundlage geschaffen werden. Insbesondere ist das Interesse an weniger Aufwand beim Datenschutz kein wichtiges Ziel des allgemeinen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats im Sinne von lit. e). Auch sonst ist keine Öffnungsklausel ersichtlich, mit der eine Befreiung einzelner Verantwortlicher von den datenschutzrechtlichen „Grundpflichten“ erreicht werden könnte.

d) Öffnungsklausel zum Datenschutzbeauftragten (Art. 37 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 der der Verordnung (EU) 2016/679

Deutschland hat bereits mit dem 1. DSAnpUG-EU von der durch Art. 37 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten auch in anderen Fällen als den in Art. 37 Abs. 1 der Verordnung genannten vorzuschreiben, und die Regelung des § 4f BDSG-alt in § 38 Abs. 1 BDSG-neu sinngemäß fortgeschrieben. Diese Regelung könnte selbstverständlich ohne einen Verstoß gegen Unionsrecht gestrichen werden. Möglicherweise wird der „Gewinn“ einer solchen Streichung für die Verantwortlichen aber aus mehreren Gründen überschätzt:

- Die materiellen datenschutzrechtlichen Pflichten des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters bleiben auch ohne die Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten unverändert bestehen.
- Wegen dieser Pflichten müssen Beratung und Unterrichtung, die sonst der Datenschutzbeauftragten gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. a) der Verordnung (EU) 2016/679 übernehmen würde, wohl durch andere sachkundige Personen übernommen werden.
- Bei einem Verantwortlichen, der mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt, stellt sich überdies die Frage, ob nicht eine „Kerntätigkeit“ in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich machen (Art. 37 Abs. 1 lit. b) der Verordnung (EU) 2016/679. Die Reichweite dieser Norm ist völlig ungeklärt und wird erst durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Konturen erlangen; mit der Regelung des § 38 Abs. 1 BDSG ist man demgegenüber „auf der sicheren Seite“.

2. Berücksichtigung der unmittelbaren Geltung der Verordnung (EU) 2016/679

Zu Recht weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass aus der unmittelbaren Geltung der Verordnung grundsätzlich ein „Normwiederholungsverbot“ im nationalen Recht resultiert, da

ansonsten die Provenienz der Norm verschleiert werden könnte. Vor diesem Hintergrund erscheint die Streichung von Bestimmungen beispielsweise zum Widerruf einer Einwilligung, zu allgemeinen Löschpflichten oder zu technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen geboten, weil diese Themen in der Verordnung (EU) 2016/679 selbst abschließend geregelt sind: Art. 7 Abs. 3 regelt den Widerruf der Einwilligung, Art. 5 Abs. 1 lit. e) und Art. 17 Abs. 1 lit. a) regeln die Löschpflicht, Art. 24, 25, 32 die technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen.

Von dem Normwiederholungsverbot sind in der Rechtsprechung des EuGH allerdings Ausnahmen anerkannt, auf die die Gesetzesbegründung ebenfalls Bezug nimmt. Diese Ausnahmen gehen über den in ErwGr. 8 der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Fall der Präzisierung oder Einschränkungen ihrer Vorschriften durch das Recht der Mitgliedstaaten hinaus und erfassen generell die Situation, dass eine Wiederholung des Unionsrechts bzw. ein Verweis darauf für die Rechtsklarheit notwendig sind. Grundsätzlich sind Verweise unproblematischer als echte Normwiederholungen, weil sie nicht den genannten Verschleierungseffekt verursachen.

Daran gemessen erscheinen die deklaratorischen Verweise auf die Verordnung (EU) 2016/679, insbesondere hinsichtlich der Schutzmaßnahmen nach Art. 24, 25 und 32 oder der Bußgeldandrohung in Art. 83 unproblematisch, weil erst sie dem Rechtsunterworfenen ein vollständiges Bild seines Pflichtenprogramms und der allfälligen Sanktionen in einer Kodifikation ermöglichen. Besonders unproblematisch und gleichzeitig eine gewisse Warnfunktion erfüllend erscheint insofern die Formulierung „unbeschadet der weiteren Vorgaben der Verordnung (EU) 2016/679“, wie sie mitunter zur Anwendung kommt. Nicht ganz klar ist, nach welchen Kriterien solche Hinweise oder Verweise manchmal vorgesehen sind und manchmal nicht.

Zu Recht werden Bußgeldbestimmungen, die allein an Datenschutzverstöße anknüpfen, aufgehoben, weil Art. 83 der Verordnung (EU) 2016/679 abschließender Natur ist, wie sich neben dem Ziel der Vollharmonisierung (s.o.) auch im Umkehrschluss aus seinem Abs. 7 ergibt. Deshalb ist es auch überzeugend, dass der Entwurf nicht auf Forderungen eingeht, ergänzende nationale Regelungen zur (Nicht-)Verhängung von Geldbußen zu schaffen. Die Verordnung (EU) 2016/679 selbst sieht in Art. 83 Abs. 2 S. 1 vor, dass Geldbußen je nach den Umständen des Einzelfalls zusätzlich zu oder anstelle von Maßnahmen nach Artikel 58 Absatz 2 Buchstaben a bis h und j verhängt werden, und enthält in Art. 83 Abs. 2 S. 2 einen nicht abschließenden, aber auch nicht für Konkretisierungen durch die Mitgliedstaaten offenen Katalog von Verhältnismäßigkeitsaspekten, der bei der Entscheidung über eine Geldbuße zu berücksichtigen ist. Insofern liegt es allein in der Hand der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden, die Entscheidung zu treffen, ob bei einem nach unionsrechtlichen Maßstäben geringfügigen Verstoß eine Verwarnung nach Art. 58 Abs. 2 lit. b) der Verordnung (EU) 2016/679 anstelle eines Bußgelds ausreicht.

3. Anpassung von Begriffsbestimmungen, insbes. Verarbeitungsbegriff

Grundsätzlich erscheint es im Interesse der Kohärenz des Datenschutzrechts und zur Vermeidung von Unklarheiten bei der Auslegung von Begriffen geboten, die Begrifflichkeiten des

deutschen Rechts an die der Verordnung (EU) 2016/679 anzupassen; dies gilt insbesondere im Anwendungsbereich des bereichsspezifischen Datenschutzrechts gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) und lit. e). Solche Änderungen machen das Gros der „redaktionellen Änderungen“ des Gesetzentwurfs aus, und die meisten von ihnen (z. B. „betroffene Person“ statt „Betroffener“, „Verantwortlicher“ statt „verantwortliche Stelle“) erscheinen völlig unproblematisch.

Deutlich komplizierter ist der Umgang mit dem Begriff der „Verarbeitung“ von Daten. Durch die Aufhebung des BDSG-alt ist die Differenzierung zwischen einem weiten europarechtlichen, schon in der Richtlinie 95/46/EG verwendeten und in der Verordnung (EU) 2016/679 ähnlich übernommenen Begriff der „Verarbeitung“ von personenbezogenen Daten einerseits und einem engeren, rein nationalen, in § 3 Abs. 4 BDSG a.F. verwendeten Begriff der Datenverarbeitung andererseits entfallen. Es gibt jetzt nur noch den weiten, europarechtlich geprägten Begriff aus Art. 4 Nr. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 bzw. Art. 3 Nr. 2 der Richtlinie (EU) 2016/680. Dieser Begriff meint

„jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“,

ist also ein Oberbegriff für praktisch jede Form des Datenumgangs. Vor diesem Hintergrund kann in allen Fällen, in denen im deutschen Recht bisher umfassend der Datenumgang geregelt werden sollte, der Begriff der Verarbeitung ohne Bedenken verwendet werden; dies ist insbesondere der Fall, wenn die alte Trias „erheben, verarbeiten und nutzen“ oder auch das Begriffspaar „erheben und verwenden“ durch „verarbeiten“ ersetzt wird.

Nicht selten soll nach dem Entwurf der Begriff der Verarbeitung aber auch verwendet werden, wo vorher nur einzelne Formen des Datenumgangs genannt waren. Art. 1 Nr. 1 DSAnpUG-EU soll beispielsweise die Formulierung „erheben, speichern, verändern und nutzen“ durch den Begriff „verarbeiten“ ersetzen, der offensichtlich weiter zu verstehen ist. Die Begründung zum 2. DSAnpUG-EU geht mit diesem sich durch den gesamten Entwurf ziehenden Thema uneinheitlich um. Insbesondere im Bereich des SGB wird stets genau begründet, warum es trotz der Änderung der Begrifflichkeit nicht zu einem Bedeutungswandel und insbesondere einer Befugnisenerweiterung des Verantwortlichen kommt. Andernorts wird dies bloß (aber auch immerhin) behauptet, an wieder anderen Punkten wird schlicht von einer redaktionellen Anpassung gesprochen, ohne die Frage überhaupt zu thematisieren.

Der Begründung zu den Änderungen des SGB lassen sich in der Gesamtschau drei Konstellationen entnehmen, in denen trotz Verwendung eines weiteren Verarbeitungsbegriffs der Bedeutungsgehalt der Norm unverändert bleibt. Dies ist der Fall,

- wenn die Norm (eigentlich entgegen ihrem Wortlaut) schon bisher so weit verstanden wurde,
- wenn es sich bei der Norm um eine solche handelt, die Datenverarbeitung nicht automatisiert, sondern beschränkt,

- oder wenn auch in einer Befugnisnorm der weite Verarbeitungsbegriff aufgrund der Gesetzssystematik keine über die bisherige, eventuell engere Auslegung hinausgehende Bedeutung erlangt.

Es ist der Natur eines Änderungsgesetzes geschuldet, dass im Normtext nicht erkennbar ist, ob eine und wenn ja, welche dieser Konstellationen gegeben ist. Nur in den genannten Fällen ist eine sprachliche Anpassung aber unproblematisch, andernfalls muss geprüft werden, ob ggf. eine Erweiterung der Verarbeitungsbefugnisse gewollt (und zulässig) ist. Ist dies nicht der Fall, sollten – wie ebenfalls in einigen Änderungen zum SGB vorgeführt – die relevanten Verarbeitungsteilschritte entsprechend der Terminologie des Art. 4 Nr. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 bzw. des Art. 3 Nr. 2 der Richtlinie (EU) 2016/680 konkret benannt werden.

Passau, den 6.12.2018

gez. Prof. Dr. Meinhard Schröder