

Berlin, den 22. Februar 2017

Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung v. 1. Februar 2017 für ein Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 (DS-GVO) und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (JI-RL) - Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU)

Die Anpassung des deutschen Rechts sollte der von der Datenschutzgrundverordnung (Datenschutz-GVO) und der Richtlinie für Polizei und Justiz verfolgten Maxime folgen, das Grundrecht zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gem. Art. 8 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie Art. 16 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu verwirklichen (vgl. DS-GVO, EG 1) zu verwirklichen und dabei ein einheitliches Datenschutzniveau in der EU zu gewährleisten. Der Entwurf der Bundesregierung verfehlt diese Ziele. Zu befürchten ist, dass der deutsche Datenschutz teils unter dem in der übrigen EU vorgesehenen Niveau bleibt und auch darüber hinaus Sonderwege beschreitet, die weder im Sinne der Bürgerinnen und Bürger noch der Unternehmen sein können.

Zu befürchten ist auch, dass andere Mitgliedstaaten sich an der deutschen Gesetzgebung orientieren und ebenfalls eigene Wege gehen könnten. Im Ergebnis wäre schlimmstenfalls ein weiterhin zersplittertes Datenschutzrecht in der EU.

Angesichts des Umfangs des Entwurfs beschränkt sich die nachfolgende Stellungnahme auf diejenigen Punkte, in denen Änderungen im Hinblick auf europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen in besonderem Maße geboten erscheinen:

- Rechte der betroffenen Person (§§ 4 Abs. 2, 32-37)
- Verarbeitung personenbezogener Daten zu anderen Zwecken (§ 23-25),
- Aufsichtsbehördliche Befugnisse und Betroffenenrechte im Fall von Geheimhaltungspflichten (§ 29).



1. Rechte der betroffenen Person (§§ 4 Abs. 2, 32-37)

- 1.1. Die Rechte der betroffenen Person auf Information, Auskunft, Berichtigung und Löschung der sie betreffenden Daten gehören zu den zentralen Voraussetzungen für einen **effektiven Schutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung** i.S.v. Art. 2 Abs 1 i.V.m. Art. 1 Abs.1 GG. Die Rechte auf Auskunft und Berichtigung werden ebenfalls durch das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 der EU-Grundrechtecharta gewährleistet. Einschränkungen sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig. Das Auskunftsrecht trägt auch dem Grundsatz der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung. Wäre der Bürger gehindert, Kenntnis davon zu erlangen, wer wo über welche seiner personenbezogenen Daten in welcher Weise und zu welchen Zwecken verfügt, so wäre sein Rechtsschutz verfassungsrechtlich unzureichend.

Der Gesetzentwurf **schränkt die Betroffenenrechte über die ohnehin in der DS-GVO vorgesehenen Ausnahmen weiter ein**, ohne dass hierfür überzeugende Gründe erkennbar sind. Auf diese Einschränkungen sollte im Hinblick auf den hohen Stellenwert der Betroffenenrechte für die Grundrechtsgewährleistung und wegen der zumindest teilweisen Europarechtswidrigkeit der Einschränkungen verzichtet werden.

- 1.2. Die gebotene **Information auf eine Videoüberwachung** soll nach § 4 Abs. 2 des Entwurfs „zum frühestmöglichen Zeitpunkt“ gegeben werden. Das lässt dem Verantwortlichen einen zu großen zeitlichen Spielraum, wann er über eine Videoüberwachung informieren will. Es muss – wie nach geltendem Recht – dabei bleiben, dass eine Videoüberwachung nur stattfinden darf, wenn spätestens mit der Aktivschaltung von Kameras auch über sie und die dafür verantwortliche Stelle informiert wird, so dass betroffene Personen entscheiden können, ob sie einen optisch-elektronisch überwachten Bereich betreten wollen. Eine Einschränkung von Art. 13 der DS-GVO ist auch in diesem Punkt nicht gerechtfertigt.
- 1.3. Auch die in § 32 des Entwurfs vorgesehene **Einschränkung der Informationspflicht bei einer Datenerhebung bei der betroffenen Person** genügt den verfassungsrechtlichen Vorgaben nur unzureichend. Zugleich entspricht § 32 nicht den Anforderungen der DS-GVO, denn er vermengt in unzulässiger Weise Interessen der verantwortlichen Stelle (unverhältnismäßiger Aufwand) mit dem Schutz der betroffenen Person und der Rechte Dritter. Art. 13 DS-GVO sieht bewusst keine Ausnahme von der Informationspflicht bei unverhältnismäßigem Aufwand vor, auch Art. 23 DS-GVO tut dies nicht.
- 1.4. § 33 Abs. 1 Nr. 1 lit. a schränkt die Informationspflicht öffentlicher Stellen nach Art. 14 DS-GVO schon dann ein, wenn die Information die **ordnungsgemäße Erfüllung der in der Zuständigkeit der jeweiligen Stelle liegenden Aufgabe gefährden** würde. Die Verordnung sieht eine solche Beschränkungsmöglichkeit nicht vor, anders bei Gefährdung der öffentlichen Sicherheit (dazu § 33 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, der allerdings entgegen dem Unionsrecht auch eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung nennt). Aus diesem Grund geht auch die Beschränkung des Auskunftsrechts in § 34 Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfs, soweit er auf § 33 Abs. 1 verweist, zu weit.

- 1.5. Ein möglicher **unverhältnismäßiger Aufwand für die Auskunftserteilung**, der diese nach § 34 Abs. 1 Nr. 2 entbehrlich machen soll, ist nach der Grundverordnung (im Gegensatz zu § 19 Abs. 1 Satz 3 BDSG-alt) kein zulässiger Grund für die Auskunftsverweigerung. Das gilt auch für das Auskunftsrecht nach Art. 14 der Richtlinie 680/16 (dennoch will § 57 Abs. 2 des Entwurfs in solchen Fällen die Auskunftspflicht entfallen lassen).
- 1.6. § 35 Abs. 1 des Entwurfs schränkt das Recht der betroffenen Person auf **Löschung der sie betreffenden Daten** in einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren Weise ein. Eine Löschung soll stets dann nicht verlangt werden können, wenn diese „wegen der besonderen Art der Speicherung“ nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist. Darauf könnten sich die Hersteller und Anbieter von Hard- oder Software und deren Anwender berufen, sofern die Produkte eine Löschung nicht zulassen. Ziel der Grundverordnung ist es aber gerade, durch Technikgestaltung die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auch in zeitlicher Hinsicht auf das erforderliche Maß zu beschränken. Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO ist deshalb nicht so zu verstehen, dass die Verwender von nicht datenschutzgerechter Hard- und Software (die eine Löschung nicht ermöglicht) von Betroffenenrechten freigestellt werden können.
- 1.7. § 37 Abs. 1 Nr. 2 erlaubt - zusätzlich zu den in Art. 22 DS-GVO vorgesehenen Fällen - **automatisierte Einzelentscheidungen** unter Verwendung von sensiblen Gesundheitsdaten bei der Abwicklung von Versicherungsverträgen auch in Fällen, in denen einem Antrag eines Versicherten nicht stattgegeben wird. Die zur Kompensation vorgesehenen Maßnahmen greifen lediglich rückwirkend und setzen jeweils voraus, dass der Betroffene die automatisiert getroffene Entscheidung anfecht. Eine solche Privilegierung der Versicherungswirtschaft - gem. § 37 Abs. 2 auch im Bereich der besonders schützenswerten Gesundheitsdaten (Art. 4 Nr. 15 und Art. 9 DS-GVO) - ist sinnwidrig. In solchen Fällen das Widerspruchsrecht des Betroffenen nach Art. 21 generell auszuschließen, ist mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren.

2. Verarbeitung zu anderen Zwecken (§§ 23-25)

- 2.1. Nach Art. 5 Abs. 1 Lit. b DS-GVO gilt bei der Verarbeitung personenbezogener Daten der **Grundsatz der Zweckbindung**. Personenbezogene Daten müssen für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Allerdings enthält die Verordnung eine Reihe von Bestimmungen, die eine Bearbeitung zu anderen Zwecken ausnahmsweise rechtfertigen. Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen zur Verarbeitung für andere Zwecke sollen zusätzlich zu dem ohnehin in der Verordnung vorgesehenen Zweckänderungsklauseln gelten. Im Hinblick auf die besondere Problematik von Zweckänderungen sollten entsprechende Vorschriften im nationalen Recht auf das unabdingbare Maß begrenzt werden. Demgegenüber enthält der Entwurf sehr weitgehende zusätzliche Zweckänderungsregelungen, die teilweise sogar über das jetzige BDSG hinausgehen.
- 2.2. Den vorgesehenen Bestimmungen **mangelt es generell an Transparenz**. Aus dem verfassungsrechtlich verankerten Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergeben sich die Anforderungen an die Kenntnis über und die Mitwirkung der Betroffenen Personen bei der Zweckänderung. Dieser grundsätzliche Mitwirkungserfordernis wird in den §§ 23-25 nicht Rechnung getragen. Generell fehlen auch Regelungen über besondere Vorkehrungen zum Schutz der artiger Daten nach erfolgter Zweckänderung.

- 2.3. § 23 enthält eine **generalklauselartige Ermächtigungsnorm für Zweckänderungen** bei der Verarbeitung durch öffentliche Stellen. Eine Konkretisierung ist sowohl nach europäischem Recht als auch nach deutschem Verfassungsrecht geboten. Dies gilt insb. für die unpräzisen Formulierungen in § 23 Abs. 1 („Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die Daten erhoben wurden, durch öffentliche Stellen *im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung* ist zulässig...“) im Vergleich zum geltenden § 14 Abs. 1 S. 1 BDSG („Das Speichern, Verändern oder Nutzen personenbezogener Daten ist zulässig, wenn es *zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden Aufgaben erforderlich* ist ...“). Auch die in § 23 Abs. 1 Nrn. 2, 3 und 4 vorgesehenen Aufgabenbeschreibungen erfüllen nicht die nach europäischem und deutschem Recht erforderlichen Anforderungen an die Konkretheit und Klarheit einer grundrechtsbeschränkenden Befugnisnorm.
- 2.4. In den meisten der in § 23 Abs. 1 vorgesehenen Zweckänderungsbefugnissen fehlt eine **Abwägung mit entgegenstehenden berechtigten Interessen der betroffenen Person**. Insofern sollte die in Nr. 7 vorgesehene Abwägungsklausel („... soweit schutzwürdige Interessen der betroffenen Person dem nicht entgegenstehen“) generell für die in Abs. 1 vorgesehenen Zweckänderungen gelten.
- 2.5. Die in § 24 Abs. 1 Nr. 1 genannte Aufgabe („Abwehr von **Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten**“) obliegt grundsätzlich den dafür zuständigen öffentlichen Stellen. Deshalb ist die vorgesehene generelle Befugnis zur zweckändernden Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erfüllung dieser Aufgabe durch nicht-öffentliche Stellen abzulehnen.
- 2.6. Für § 25 (Datenübermittlung durch öffentliche Stellen) gelten die Anmerkungen zu § 23 entsprechend.

3. Rechte der betroffenen Person und aufsichtsbehördliche Befugnisse im Fall von Geheimhaltungspflichten (§ 29)

- 3.1. § 29 Abs. 1 Sätze 1, 2 und 3 enthalten gleichlautend eine **Ausnahme von der Informationspflicht** des Verantwortlichen gegenüber der betroffenen Person nach Art. 14 DS-GVO, **von der Auskunftspflicht** nach Art. 15 DS-GVO und **von der Benachrichtigungspflicht** bei Datenpannen nach Art. 34 DS-GVO, soweit dadurch „Informationen offenbart würden, die ihrem Wesen nach, insbesondere wegen der überwiegenden berechtigten Interessen eines Dritten, geheim gehalten werden müssen“.
- Diese Einschränkungen widersprechen in ihrer Allgemeinheit dem Unionsrecht, das (insbesondere in der DS-GVO) keine Informationen kennt, die „ihrem Wesen nach“ geheim gehalten werden müssen. Die Worte „ihrem Wesen nach, insbesondere“ sind deshalb zu streichen.
- 3.2. § 29 Abs. 1 Sätze 1 und 2 sehen **Ausnahmen von der Informations- und Auskunftspflicht** „insbesondere wegen der überwiegenden berechtigten Interessen eines Dritten“ vor. Damit will die Bundesregierung von der Befugnis des Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO Gebrauch machen, versäumt es aber, die notwendigen kompensatorischen Ausgleichsregelungen, die Art. 23 Abs. 2 DS-GVO vorschreibt, im

DSAnpUG selbst zu treffen. Insbesondere wird auf jede Abwägung mit den schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person verzichtet. Der Verweis auf „Rechtsvorschriften“ in § 29 Abs. 1 Satz 2 reicht dafür nicht aus. Auch diese Ausnahmetatbestände widersprechen deshalb dem Unionsrecht und sind entweder zu streichen oder durch eine Abwägungsklausel ähnlich dem § 29 Abs. 1 Satz 4 zu ergänzen.

- 3.3. § 29 Abs. 2 beruht entweder auf einem unzutreffenden Verständnis des Art. 13 Abs. 3 DS-GVO oder ist jedenfalls ungeeignet, um das angestrebte Ziel einer Ausnahme von der **Informationspflicht im Verhältnis zu Berufsgeheimnisträgern** zu erreichen. Art. 13 Abs. 3 DS-GVO betrifft nur die Informationspflicht bei Zweckänderungen. Nicht in allen Fällen, in denen ein Verantwortlicher im Anwendungsbereich der Grundverordnung einem Berufsgeheimnisträger Daten über Dritte übermittelt, liegt aber eine Zweckänderung vor. Die Ausnahme von der Informationspflicht muss sich daher auch auf Art. 13 Abs. 1 und 2 DS-GVO beziehen.
- 3.4. § 29 Abs. 3 sieht eine völlig inakzeptable **Beschränkung der Befugnisse der Aufsichtsbehörden gegenüber Berufsgeheimnisträgern** und ihren Auftragnehmern vor. Art. 90 Abs. 1 DS-GVO gestattet den Mitgliedstaaten nur, die Rechte der Aufsichtsbehörden auf Zugang zu den Daten und Geschäftsräumen insoweit zu beschränken, als dies notwendig und verhältnismäßig ist, um die Geheimhaltungspflicht des Berufsgeheimnisträgers mit dem Datenschutz in Einklang zu bringen. Durch die vorgesehene Bestimmung würden die Aufsichtsbehörden an jeglicher **effektiver Prüfung der Verarbeitung personenbezogener Daten** bei den durch § 203 Abs. 1 StGB genannten Bereichen gehindert. So wäre es ihnen nicht mehr möglich, Prüfungen der Datenverarbeitung bei Krankenhäusern, privaten Krankenversicherungen, Apotheken, Anwaltskanzleien, Steuerberatern usw. durchzuführen - eine unabhängige datenschutzrechtliche Kontrolle der gerade in diesen Bereichen in großem Umfang anfallenden hochsensiblen Daten müsste unterbleiben.
- Damit würde die bisherige Rechtslage auf den Kopf gestellt, wonach sich die Kontrollbefugnisse der bzw. des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und der Aufsichtsbehörden auch auf personenbezogene Daten erstrecken, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegen (§ 24 Abs.2 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 24 Abs. 6 BDSG).
- 3.5. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem in der Gesetzesbegründung zitierten Beschluss vom 12. April 2005 (2 BvR 1027/02) die Beschlagnahme des vollständigen Aktenbestandes einer Anwaltskanzlei gerügt und betont, dass ein Mandatsverhältnis nicht wegen der **Gefahr eines unbeschränkten Datenzugriffs** von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet werden darf (Rn. 94). Diese Gefahr besteht aber angesichts der Beschränkung des Art. 58 Abs. 1 lit. e DS-GVO nicht, wo es heißt, dass Aufsichtsbehörden nur den Zugang zu allen personenbezogenen Daten und Informationen, **die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig sind**, verlangen können. § 29 Abs. 3 ist deshalb zu streichen.