



# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Informationsrecht

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums  
des Innern vom 23.11.2016 für ein Gesetz zur  
Anpassung des Datenschutzrechts an die  
Verordnung (EU) 2016/679 (im Folgenden  
„DSGVO“) und zur Umsetzung der Richtlinie (EU)  
2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und  
Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU)**

Stellungnahme Nr.: 87/2016

Berlin, im Dezember 2016

### Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Simon Assion, Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Christiane Bierehoven, Nürnberg
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München (Berichterstatte(r)in)
- Rechtsanwalt Michael Friedmann, Hannover
- Rechtsanwalt Dr. Malte Grützmaker, LL.M., Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin
- Rechtsanwalt Peter Huppertz, LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk, LL.M. (EU), München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

### Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Nicole Narewski, Berlin

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66



## **Verteiler**

---

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz im Deutschen Bundestag  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie im Deutschen Bundestag  
Ausschuss Digitale Agenda im Deutschen Bundestag

Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit  
Die Datenschutzbeauftragten der Bundesländer

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland  
Bundesrechtsanwaltskammer  
Bundesnotarkammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Notarverein e.V.  
Deutscher Steuerberaterverband  
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)  
GRUR  
BITKOM  
DGRI

DAV-Vorstand und Geschäftsführung  
Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse  
Vorsitzende der DAV-Landesverbände  
Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft

Frankfurter Allgemeine Zeitung  
Süddeutsche Zeitung GmbH  
Berliner Verlag GmbH  
Redaktion NJW  
Juve-Verlag  
Redaktion Anwaltsblatt  
Juris  
Redaktion MultiMedia und Recht (MMR)  
Redaktion Zeitschrift für Datenschutz ZD  
Redaktion heise online

**Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.**

---

### **Vorbemerkung**

Die DSGVO ist ab dem 25. Mai 2018 anzuwenden und harmonisiert den Datenschutz europaweit stärker als unter Geltung der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG. Als Verordnung findet die DSGVO direkte Anwendung in allen EU-Mitgliedstaaten und bedarf keiner Umsetzung in nationales Recht. Sie lässt jedoch in einigen wenigen Bereichen durch sog. „Öffnungsklauseln“ einen gewissen Spielraum für nationale Regelungen. Dem will die Bundesregierung u.a. durch ein geändertes BDSG (BDSG-E) Rechnung tragen.

Der DAV (Ausschuss Berufsrecht) ist mit Stellungnahme Nr. 81/2016 vom 6.12.2016 speziell auf berufsrechtliche Aspekte des BDSG-E eingegangen und hat begrüßt, dass die Bundesregierung im Grundsatz das Berufsgeheimnis stärken will.

Im Folgenden werden seitens des DAV-Ausschusses Informationsrecht punktuell ausgewählte Regelungen des BDSG-E zum Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich behandelt.

### **Zusammenfassung**

Der DAV erkennt an, dass die Bundesregierung vor einer großen Herausforderung steht. Einerseits bietet die DSGVO international tätigen Unternehmen eine Chance, durch Rechtsvereinheitlichung den bisherigen Flickenteppich datenschutzrechtlicher Lösungen auf eine gemeinsame und einheitliche Grundlage zu stellen. Vor diesem Hintergrund sollten nationale Sonderwege nur sehr sparsam beschritten werden.

Andererseits sind die Regelungen der DSGVO teils wenig konkret. Von manchen „Öffnungsklauseln“ können die Mitgliedstaaten Gebrauch machen (dazu gehört als

prominentes Beispiel der Beschäftigtendatenschutz in Art. 88), bei anderen Vorschriften der DSGVO müssen die Mitgliedstaaten nationale Regelungen schaffen, wie etwa Art. 85 Abs. 1 zum Schutz der freien Meinungsäußerung. Zudem gibt es zum Beispiel zur erforderlichen Abwägung berechtigter Interessen (v.a. Art. 6 Abs. 1 f DSGVO) noch keine – europäische – Behördenpraxis und Rechtsprechung. Die Rechtsprechung des EuGH (zuletzt v.a. EuGH v. 19.10.2016, Az. C-582/14) betont bereits unter Geltung der Richtlinie 95/46/EG das Abwägungserfordernis, was in der DSGVO weitgehend übernommen wird. Die Europarechtskonformität diverser (eher restriktiver) Verbotsnormen des geltenden deutschen Datenschutzrechts (nicht nur § 15 Abs. 1 TMG) ist vor diesem Hintergrund fraglich.

Zudem hat Deutschland – soweit ersichtlich – eine Vorreiterrolle beim Entwurf einer nationalen Datenschutzregelung unter dem neuen Regime der DSGVO. Der Referentenentwurf hat Prototypcharakter.

Für den Rechtsanwender ist grundsätzlich zu begrüßen, wenn hinreichend klar ist, was verboten und was erlaubt ist. Angesichts des Bußgeldrahmens der DSGVO ist Rechtsunsicherheit für die Unternehmen ein gravierendes Hemmnis beim freien Datenverkehr. Der deutsche Gesetzgeber muss in Bezug auf die materiellen Datenschutzvorschriften dem Umstand hinreichend Rechnung tragen, dass die DSGVO ein klares Verbotsprinzip zwar bei besonderen Arten personenbezogener Daten postuliert (Art. 9 Abs. 1 DSGVO). Im Übrigen liegt großes Gewicht auf der Abwägung, was durch den risikobasierten Ansatz der DSGVO unterstrichen wird. Die Mitgliedstaaten können – soweit durch die DSGVO im nationalen Recht der Mitgliedstaaten Regelungen erlaubt sind – „Maßnahmen zur Gewährleistung einer rechtmäßig und nach Treu und Glauben erfolgenden Verarbeitung“ (Art. 6 Abs. 3 Satz 3), „angemessene Maßnahmen“ (z.B. Art. 22 Abs. 2 b DSGVO) oder „angemessene und besondere Maßnahmen“ (Art. 88 Abs. 2 DSGVO) zur Wahrung der berechtigten Interessen und Grundrechte vorsehen. Der Auftrag an die Mitgliedstaaten lautet also insoweit, spezifische und konkretisierende Spezialdatenschutzvorschriften mit solchen Maßnahmen zu erlassen. Dies muss im Referentenentwurf verbessert werden, nicht zuletzt um die Vereinbarkeit mit dem Europarecht herzustellen.

Im Folgenden eine kritische Betrachtung der Nutzung der Öffnungsklauseln im BDSG-E anhand einiger ausgewählter Beispiele:

### **1. Anwendungsbereich (§ 1 und § 24 Abs. 2 BDSG-E)**

Aus Sicht der privaten Datenverarbeiter wird die DSGVO der zentrale Regelungsakt des Datenschutzrechts sein. Die DSGVO bietet insofern die Möglichkeit, Datenverarbeitungsprozesse EU-weit zu vereinheitlichen und dadurch erhebliche Transaktionskosten einzusparen. Dies kann jedoch nur gelingen, wenn die Mitgliedsstaaten mit den ihnen gewährten Möglichkeiten zum Erlass von Abweichungs- oder Konkretisierungsrecht sparsam umgehen. Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb kritisch überdenken, welche der Öffnungsklauseln wirklich genutzt werden müssen und welchem Umfang dies erfolgen muss.

Der Referentenentwurf BDSG-E regelt drei sehr verschiedene Bereiche in einem Gesetz:

- a. Bereiche, in denen die DSGVO Anwendung findet; hier müssen die engen Grenzen der Öffnungs- bzw. Konkretisierungsmöglichkeiten der DSGVO beachtet werden;
- b. Bereiche, für die nicht die DSGVO, aber die Richtlinie (EU) 2016/680 gilt;
- c. Sonstige Bereiche, einschließlich solcher, in denen Unionsrecht nicht gilt. Zu dieser letzten Fallgruppe gehört u.U. die Verarbeitung von Beschäftigtendaten, die nicht automatisiert und auch nicht „in oder aus einer nicht automatisierten Datei“ verarbeitet werden. Hier zeigt sich aber bereits eine Unklarheit im Anwendungsbereich. Denn gemäß Art 2 Abs. 1 DSGVO ist der sachliche Anwendungsbereich der DSGVO auf „die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung sowie [...] die nicht-automatisierte Verarbeitung von Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen“, beschränkt. § 24 Abs. 2 ist nicht mit Art. 2 Abs. 1 DSGVO synchronisiert. Die Konkretisierungsmöglichkeit für den nationalen Gesetzgeber, die Art. 88 DSGVO vorsieht, erlaubt nicht, durch neue Begriffe Unklarheiten über den Anwendungsbereich der DSGVO herbeizuführen-.

Teil 1 des BDSG-E gilt für die Bereich a.-c., wobei § 1 Abs. 2 BDSG-E zu beachten ist, wonach andere Rechtsvorschriften des Bundes, die den Datenschutz regeln, grundsätzlich vorgehen – es sei denn, sie regeln den Sachverhalt nicht abschließend. Das Beispiel oben unter c. zeigt, dass innerhalb der Teile 2 und 3 des BDSG-E im Einzelnen unklar sein kann, inwieweit vorrangig bzw. ergänzend unionrechtliche Vorgaben eingehalten werden müssen. Diese Komplexität im Anwendungsbereich ist aus Sicht des DAV wenig praktikabel. Eine Alternative zur bisherigen Systematik des BDSG-E wäre eine vollständige Trennung der Gesetzgebung im Bereich der DSGVO-Öffnungsklauseln einerseits und der Bereiche, die aufgrund von Art. 2 DSGVO aus dieser ausgeklammert sind, andererseits. Nur letztere Bereiche bedürfen eines allgemeinen deutschen Datenschutzgesetzes. Im Anwendungsbereich der DSGVO müsste das mitgliedstaatliche Regelrecht die Systematik der DSGVO übernehmen (wesentlich stärker als dies bislang im BDSG-E der Fall ist) und punktgenau die Konkretisierungsvorgaben der DSGVO regeln.

## **2. Begriffsbestimmungen (§ 2 BDSG-E)**

Soweit in § 2 BDSG-E Begriffsbestimmungen aus Art. 4 der DSGVO übernommen werden, ist dies aufgrund des Wiederholungsverbots europarechtlich zweifelhaft und sollte gestrichen werden. Der EuGH erlaubt nur in engen Grenzen, dass im nationalen Recht Verordnungstext wiederholt werden. Zwar lässt Erwägungsgrund 8 der DSGVO eine Aufnahme von Teilen der Verordnung in nationales Recht zu, „soweit dies erforderlich ist, um die Kohärenz zu wahren und die nationalen Vorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher zu machen.“ Es ist aber fraglich, ob die Wiederholung der Begriffsbestimmungen im BDSG-E zur Kohärenzwahrung und besseren Verständlichkeit erforderlich sind, zumal im BDSG-E an diversen anderen Stellen, die wesentlich unübersichtlicher sind (siehe etwa § 30 Abs. 1 BDSG-E), auf die DSGVO verwiesen (also der Text nicht wiederholt) wird.

Fraglich ist zudem, ob die Differenzierung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen (§ 2 Abs. 1 BDSG-E), die sich durch weite Teile des BDSG-E durchzieht, erforderlich und europarechtskonform ist. Die DSGVO kennt diese Differenzierung so nicht und sieht dafür auch keine mitgliedstaatliche Sonderregelung vor. Nach BDSG de lege lata ist die Abgrenzung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen teils

schwierig und umstritten, etwa im Bereich der Krankenkassen. Die DSGVO definiert den Begriff „Unternehmen“ (Art. 4 Nr. 18 DSGVO), der nach dem europarechtlichen Verständnis (etwa auch im Kartellrecht) weit zu verstehen ist. Auch soweit öffentliche Stellen am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen (z.B. Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand), sind sie „Unternehmen“ im Sinne der DSGVO. Dies ist nicht synchron mit der Definition in § 2 Abs. 1 BDSG-E, weshalb die Differenzierung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen nicht nur europarechtlich fraglich, sondern auch aus Gründen der Rechtsklarheit nicht empfehlenswert ist.

In Art. 2 Abs. 3 DSGVO sind die „Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der Union“ geregelt und in Art. 4 Nr. 21 DSGVO die Definition von Aufsichtsbehörden (unabhängige staatliche Stelle). In den Erwägungsgründen spricht die DSGVO wiederholt von „privaten Unternehmen und Behörden“ (etwa Erwägungsgrund 6). Den Begriff der „Behörde“ definiert die DSGVO jedoch nicht. Die Abgrenzung nach der DSGVO erfolgt vielmehr über die Zweckbestimmung. Abweichungen davon sind im BDSG-E nicht empfehlenswert.

### **3. Videoüberwachung (§ 4 BDSG-E)**

Die DSGVO kennt keine Sonderregelung zu Videoüberwachung. Erwägungsgründe 89 ff. der DSGVO behandeln – ohne Bezug auf konkrete Techniken – Verfahren, die „ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen mit sich bringen“. Das wird nach BDSG bislang bei Videoüberwachung angenommen, weshalb eine Vorabkontrolle (§ 4d Abs. 5 BDSG de lege lata) durchgeführt werden muss und künftig wohl eine Datenschutzfolgenabschätzung (Art. 35 DSGVO). Im nicht-öffentlichen Bereich werden die meisten Fälle der Videoüberwachung wohl an der „Abwägungsgeneralklausel“ Art. 6 Abs. 1 f DSGVO zu messen sein.

Die Relevanz der noch geltenden Sondervorschrift in § 6b BDSG (de lege lata) wurde bislang für den nicht-öffentlichen Bereich als eher gering angesehen, da die Videoüberwachung häufig nicht in öffentlich zugänglichen Räumen stattfand bzw. umstritten war und ist, was öffentlich zugängliche Räume bei Unternehmen sind. Somit wurde bislang schwerpunktmäßig die Erlaubnis auf die Abwägungsnorm des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG (de lege lata) gestützt.



§ 4 BDSG-E regelt die Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume für öffentliche und nicht-öffentliche Stellen speziell, wobei die Erlaubnis für den öffentlichen Bereich sehr weit ist, für den nicht-öffentlichen dagegen sehr eng – jedenfalls deutlich restriktiver als Art. 6 Abs. 1 f DSGVO, weshalb die Europarechtskonformität bezweifelt werden muss. Es stellt sich auch die Frage nach dem Regelungsbedürfnis im nicht-öffentlich Bereich. Wichtiger wäre, dass sich ein europäisch einheitliches Verständnis von den Grenzen der Videoüberwachung bildet, so dass z.B. internationale Unternehmensgruppen einheitliche Verfahren einrichten können. Der DAV regt daher an, die Sonderregelung für den nicht-öffentlichen Bereich zu streichen.

Dies gilt umso mehr, als dass es zumindest für den Bereich, der über Art. 6 Abs. 1 f) (Interessenabwägung) keine Öffnungsklausel gibt. Denn Art. 6 Abs. (3) S. 3 betrifft andere Tatbestände (lit. c) und e) aus Abs. 1, nicht aber lit f)).

#### **4. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (§ 22, § 23 Abs. 3 und 4 BDSG-E)**

Die DSGVO regelt in Art. 9 Abs. 1 ein allgemeines Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten. In Art. 9 Abs. 2 sind Ausnahmen für den Bereich Arbeit und Soziales geregelt, wobei sich nach Art. 9 Abs. 2 b DSGVO die Ausnahmen auch aus dem Recht der Mitgliedstaaten ergeben können, „das geeignete Garantien für die Grundrechte und die Interessen der betroffenen Person vorsieht“. In Art. 9 Abs. 2 h-j DSGVO sind weitere Ausnahmen für die Bereiche Gesundheit, Soziales, Archivzwecke, wissenschaftlich und historische Forschung durch Recht der Mitgliedsstaaten vorgesehen. In Art. 9 Abs. 3 DSGVO erfolgt für Zwecke des Art. 9 Abs. 2 h DSGVO eine Regelung zur Verarbeitung durch Fachpersonal von Berufsheimnisträgern. In den Erwägungsgründen 51-53 erfolgen weitere Erläuterungen, wobei in Erwägungsgrund 51 betont wird, dass die Mitgliedstaaten „besondere Datenschutzbestimmungen“ festlegen können, um die Verordnung anzupassen. Dadurch können im mitgliedstaatlichen Recht „spezielle Anforderungen“ an die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten geschaffen werden.

§ 22 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E wiederholt im Wesentlichen für öffentliche und nicht-öffentliche Stellen die Bereiche, für die die DSGVO mitgliedstaatliche

Spezialregelungen erlaubt. Allein die Wiederholung des DSGVO-Textes ist europarechtlich problematisch, weil bei § 22 BDSG-E die Erforderlichkeit aus Gründen der Kohärenz oder besseren Verständlichkeit sehr fraglich ist (siehe dazu auch oben Abschnitt2.).

Im Übrigen enthält § 22 BDSG-E gerade keine speziellen Datenschutzbestimmungen. In § 22 Abs. 2 wird allgemein die Forderung der DSGVO wiederholt, dass „angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person vorzusehen“ sind. Solche Maßnahmen werden aber nicht geregelt. Die in § 22 Abs. 2 BDSG-E genannten Regelbeispiele (Aspekte der Revisionssicherheit bzw. der Eingabe- und Auftragskontrolle sowie Sensibilisierung des Datenverarbeitungspersonals) sind gerade keine spezifischen Maßnahmen zum Schutz besonderer Kategorien personenbezogener Daten, zumal die Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 DSGVO) ein allgemeines Prinzip in der DSGVO ist.

Auch die Zweckänderungserlaubnis bei besonderen Kategorien personenbezogener Daten in § 23 Abs. 3 und 4 BDSG-E enthält keine angemessenen und spezifischen Maßnahmen. In Art. 23 Abs. 2 DSGVO sind Inhalte spezifischer Vorschriften als Mindestanforderungen („zumindest“) genannt. Dazu gehören u.a. Vorschriften in Bezug auf Garantien gegen Missbrauch und unrechtmäßigen Zugang oder unrechtmäßige Übermittlung, Speicherfristen und Unterrichtsansprüche.

Auch wenn in Deutschland für die Berufsgeheimnisträger spezielle berufsrechtliche und strafrechtliche Regelungen bestehen (etwa § 203 StGB), dürften wohl solche als „angemessene und spezifische Maßnahmen“ im Sinne der DSGVO nicht ausreichen, wenn Deutschland von der mitgliedstaatlichen Spezialregelung Gebrauch machen will. Zum einen gilt § 203 StGB nur für bestimmte Gruppen von Verantwortlichen (nämlich für die Berufsgeheimnisträger) und nicht z.B. für Pharmaunternehmen allgemein. Zum anderen ist § 203 StGB wenig spezifisch, was konkrete Sicherheitsmaßnahmen betrifft und muss wohl auch im Lichte der DSGVO europarechtskonform insoweit ausgelegt werden, dass ein pauschales Verbot der Weitergabe an Dritte (etwa im Wege der Auftragsdatenverarbeitung) nicht haltbar ist.

## **5. Zweckänderung (§ 23 Abs. 2 BDSG-E)**

Die Zweckbindung ist ein Grundprinzip der DSGVO (Art. 5 Abs. 1 c DSGVO). Art. 6 Abs. 4 DSGVO sieht vor, dass es in den Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften geben kann, die eine Zweckänderung erlauben, wenn die Rechtsvorschrift „die in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Artikel 23 Absatz 1 [DSGVO] genannten Ziele darstellt“. Die Öffnungsklausel bezieht sich dabei auf bereichsspezifische Zweckänderungsklauseln im Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1. Die allgemeine Zulässigkeit von Zweckänderungen regelt Art. 6 Abs. 4 DSGVO demgegenüber selbst.

In § 23 Abs. 2 BDSG-E werden Zweckänderungen für nicht-öffentliche Stellen erlaubt, die sehr allgemein gehalten sind und – abgesehen von § 23 Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E – weitgehend aus dem BDSG de lege lata übernommen wurden. Insbesondere bei § 23 Abs. 2 Nr. 3 BDSG-E („zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen erforderlich“) ist fraglich, ob die sehr weite Zweckänderungserlaubnis europarechtlich Bestand haben kann. Soweit die allgemeine Abwägungsnorm des Art. 6 Abs. 1 f DSGVO wiederholt wird, ist die Regelung im BDSG-E nicht erforderlich bzw. problematisch. § 23 Abs. 2 Nr. 3 BDSG-E wiederholt aber nicht, weil dort – anders als in Art. 6 Abs. 1 f DSGVO – keine Abwägung mit den Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person geregelt ist.

Eine Abwägung ist nur bei allgemein zugänglichen Daten gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 BDSG-E vorgesehen („offensichtlich überwiegt“). Auch insoweit ist die Europarechtskonformität fraglich, zumal keine der Regelungen in § 23 BDSG-E die besondere Verarbeitungssituation bei Daten über Kinder behandeln.

## **6. Beschäftigtendatenschutz (§ 24 BDSG-E)**

Zum Beschäftigtendatenschutz nach BDSG-E siehe die DAV-Stellungnahme Nr. 84/2016 (Ausschuss Arbeitsrecht).

## **7. Betroffenenrechte, v.a. Information und Datenportabilität (§§ 30 ff BDSG-E), Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit**

In §§ 30 ff. BDSG-E werden Beschränkungen der Betroffenenrechte vorgenommen, was Art. 23 DSGVO grundsätzlich ermöglicht, wenn die inhaltlichen Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsmaßnahmen eingehalten werden (v.a. Art. 23 Abs. 2 DSGVO „spezifische Vorschriften [...] zumindest in Bezug auf ...“). Dies fehlt in den §§ 30 ff. BDSG-E weitgehend.

Hins. der Betroffeneninformation bei Videoüberwachung regelt § 33 Abs. 3 S. 2 gewisse Maßnahmen, fraglich ist aber, ob dies die Einschränkung der Information in anderen Fällen „rettet“. Ob bei § 33 BDSG-E (Information bei Datenerhebung beim Betroffenen) der Rechtsgedanke in Art. 14 DSGVO (Beschränkung der Informationspflicht, wenn Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden) zur Rechtfertigung herangezogen werden kann, ist fraglich, denn die Interessenlage in den beiden Fällen ist nicht vergleichbar. Während die Information in Fällen der Datenerhebung bei der betroffenen Person regelmäßig mit verhältnismäßigem Aufwand möglich ist, kann es in den Fällen des Art. 14 DSGVO sein, dass der Verantwortliche aktuelle Kontaktinformationen der betroffenen Person nicht kennt und schon aus diesem Grund eine Information ggf. unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

Es fällt auf, dass sich der Referentenentwurf mit diversen Betroffenenrechten beschäftigt, nicht aber mit dem Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO). Auch insoweit ist eine Beschränkung unter den Voraussetzungen des Art. 23 DSGVO grundsätzlich möglich. Gerade das Betroffenenrecht aus Art. 20 Abs. 2 DSGVO kann sehr aufwändig für Unternehmen sein und die Zielsetzung ist eher wettbewerbsrechtlich als persönlichkeitsrechtlich. Nach seinem Wortlaut ist Art. 20 DSGVO nicht auf Social Media bzw. den Online-Bereich beschränkt. Einzelheiten sind unklar, etwa ob ein Anspruch auf Datenübertragbarkeit auch im Arbeitsverhältnis denkbar ist. Wegen der Unklarheiten wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber europarechtskonforme Beschränkungen regelt.

In Art. 23 DSGVO sind verschiedene Beschränkungsrechtfertigungen geregelt, nicht ausdrücklich jedoch die Ausübung von Meinungsfreiheit und Pressefreiheit.

Meinungsfreiheit ist ggf. unter Art. 23 Abs. 1 i DSGVO zu subsumieren, die Gewährleistung der Pressefreiheit wäre u.U. als allgemeines Interesse eines Mitgliedstaats denkbar. Mitgliedstaatliche Spezialregelungen müssen gemäß Art. 85 DSGVO ausdrücklich geschaffen werden, es handelt sich um eine er „Muss-Öffnungsklauseln“. Konkretisierende Regelungen im BDSG-E fehlen aber.

## **8. Datenübermittlung an Auskunftfei (§ 27 BDSG-E)**

Die Datenübermittlung an Auskunftfeien stellt eine Zweckänderung dar, so dass grundsätzlich Art. 6 Abs. 4 DSGVO einschlägig ist, der davon ausgeht, dass es mitgliedstaatliche Vorschriften geben darf, die eine Zweckänderung erlauben, siehe oben. Die Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 4 erlaubt jedoch nur Regelungen über die Zweckänderung als solche; die Übermittlung (mit geändertem Zweck) an Auskunftfeien wäre demgegenüber nach Art. 6 Abs. 1 zu beurteilen. Richtigerweise wäre deshalb in § 27 Abs. 1 BDSG-E zu formulieren:

„Die Zweckänderung zum Zweck der Übermittlung personenbezogener Daten ...“

Es gelten zudem die oben unter 5. genannten Voraussetzungen.

§ 27 BDSG-E übernimmt im Wesentlichen die Regelung aus § 28a BDSG de lege lata. Diese Regelungen enthalten spezifische Maßnahmen, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sind.

## **9. Scoring (§ 28 BDSG-E)**

Auch die Regelung zum Scoring in § 28 BDSG-E (aktuell § 28b BDSG de lege lata) enthält spezifische Maßnahmen für eine bestimmte Verarbeitungssituation. Allerdings ist unklar, auf welche Öffnungsklausel sich § 28 BDSG-E stützen kann. Dies betrifft einerseits das Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1, andererseits das Verhältnis zu Art. 22 DSGVO (automatisierte Einzelentscheidung, einschließlich Profiling). Nur wenn das Scoring im Rahmen von Profiling (Art. 4 Nr. 4 DSGVO: Bewertung der „wirtschaftlichen Lage“) zu einer automatisierten Einzelentscheidung führt, sind mitgliedstaatliche Regelungen überhaupt zulässig, wenn diese „angemessene Maßnahmen“ enthalten.

Allgemeine Regelungen zur Zulässigkeit von Scoring sind demgegenüber nicht zulässig, sondern würden mit dem in Art. 6 Abs. 1 DSGVO vorgesehenen Verbot und dort genannten Erlaubnistatbeständen kollidieren.

Art. 22 Abs. 3 DSGVO nennt als Mindestanforderung, die im Rahmen von „angemessenen Maßnahmen“ umzusetzen ist, sofern das Profiling für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person erforderlich ist oder auf einer Einwilligung beruht, ein Recht auf Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person („right to human intervention“). Diese Mindestanforderung ist wohl grds. auch in den Fällen des Art. 22 Abs. 2 b DSGVO (mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift) jedenfalls als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.

Ob die Maßnahmen in Art. 28 BDSG-E ausreichen (z.B. wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren), ist vor diesem Hintergrund fraglich. Schwerer wiegt, dass § 28 BDSG-E und § 35 BDSG-E („Automatisierte Einzelentscheidung im Einzelfall einschließlich Profiling“) unabgestimmt nebeneinander stehen.

Redaktioneller Hinweis: In der Überschrift von § 35 BDSG-E müsste es „automatisierte Entscheidung im Einzelfall“ heißen.