Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

Bonn, den 10.04.2024

Stellungnahme

des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI)

zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BT-Drs. 20/10859)

Graurheindorfer Straße 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

Der vorliegende Gesetzesentwurf soll Vereinbarungen des Koalitionsvertrags 2021 – 2025 aufgreifen sowie Ergebnisse umsetzen, die sich aus der Evaluierung des Gesetzes durch das Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI) ergeben haben.

Er enthält einige notwendige Klarstellungen, u.a. zum Verfahren der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder nach § 18 BDSG. Allerdings sind insbesondere viele Vorschläge des BfDI und der Datenschutzkonferenz (DSK), die u.a. auf den im Rahmen der Evaluierung des BDSG durch die DSK im Jahr 2021 gewonnen Ergebnissen basieren, in dem Gesetzesentwurf nicht bzw. nicht ausreichend aufgegriffen worden.

Der BfDI übersendet daher die nachstehenden Änderungsvorschläge zum BDSG-E und zum BDSG.

Unabhängig von dieser Stellungnahme hat auch die Datenschutzkonferenz (DSK), deren Mitglied ich bin, eine Stellungnahme an den Bundesgesetzgeber adressiert. In der folgenden Stellungnahme finden sich einige Punkte, die ich aus der Stellungnahme der DSK übernommen habe, weil sie mir besonders wichtig erscheinen. Dies ist dann entsprechend gekennzeichnet.

I. Anmerkungen zum BDSG-E

1. 34 BDSG-E

a.) Zu Nummer 12 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb:

Es wird gemeinsam mit der DSK vorgeschlagen, § 34 Absatz 1 Satz 2 BDSG-E zu streichen.

Begründung:

Die Regelungen des § 34 Absatz 1 Satz 2 BDSG-E und § 83 Absatz 1 Satz 2 SGB X-E sollen die Wahrung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses bei der Durchsetzung von Auskunftsansprüchen sicherstellen. Allerdings ist ihre Vereinbarkeit mit Art. 23 DSGVO zweifelhaft. Derartige Zweifel werden bereits gegenüber dem bestehenden § 34 Absatz 1 Nr. 2 BDSG geäußert, wenn und soweit kein Ausnahmetatbestand ersichtlich ist. Die Einschränkungen der Betroffenenrechte nach Art. 23 DSGVO sind eng auszulegen. Als Ausnahmetatbestand für die Wahrung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses kommt Art. 23 Absatz 1 lit. i DSGVO in Betracht, wonach eine Beschränkung zum Schutz von Rechten und Freiheiten anderer

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

Personen zulässig ist. Darüber hinaus sind die in § 34 Absatz 1 Satz 2 BDSG-E und § 83 Absatz 1 Satz 2 SGB X-E adressierten Aspekte bereits in Art. 15 Absatz 4 DSGVO, konkretisiert durch Erwägungsgrund 63 Satz 5 zur DSGVO, berücksichtigt.

Vor dem Hintergrund der Regelung des Art. 15 Abs. 4 DS-GVO, der nur hinsichtlich des Rechts auf Erhalt einer Kopie gemäß Art. 15 Abs. 3 DS-GVO vorsieht, dass dieses Recht die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht beeinträchtigen darf, sind § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E und § 83 Abs. 1 Satz 2 SGB X-E zu weit gefasst. Der deutsche Gesetzgeber würde ansonsten eine weitergehende Beschränkung schaffen als der europäische Gesetzgeber im Verordnungstext. Nach Ansicht des EDSA gilt die Einschränkung des Art. 15 Abs. 4 DS-GVO nicht für die Informationen nach Art. 15 Abs. 1 lit. a bis h DS-GVO (vgl. EDSA, Guidelines 01/2022 on data subject rights – Right of Access, Version 2.0, Adopted on 28 March 2023, Rn. 169).

b.) Zu Nummer 12 Buchstabe b:

Ergänzend zu der in § 34 Absatz 3 Satz 3 BDSG neu geregelten Pflicht wird vorgeschlagen, klarzustellen, dass sich § 34 Absatz 3 BDSG auch auf den Ausschlusstatbestand des § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG bezieht.

Begründung:

In der Praxis haben sich Unklarheiten im Hinblick auf die Reichweite des § 34 Absatz 3 BDSG, dergestalt gezeigt, ob diese Sonderregelung aufgrund ihrer Stellung in § 34 BDSG ausschließlich die in § 34 Absatz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG geregelten Ausschlusstatbestände von Art. 15 DSGVO erfasst oder sie auch den Ausschlusstatbestand des § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG mit einbezieht.

Nach Auffassung des BfDI umfasst die Vorschrift nicht nur die in § 34 Absatz 1 Nr. 1 und Nr. 2 geregelten Ausschlusstatbestände, sondern bezieht sich aus den folgenden Erwägungen auch auf den Ausschlusstatbestand des § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG:

- Nach dem Wortlaut des § 34 Absatz 3 BDSG greift die Auskunftspflicht an mich in den Fällen, in denen „der betroffenen Person durch eine öffentliche Stelle des Bundes keine Auskunft“ erteilt wird. Die Vorschrift kann trotz ihrer Stellung mithin auch so gelesen werden, dass die Auskunftspflicht an mich für alle Fälle der Auskunftsverweigerung durch öffentliche Stellen des Bundes, mithin auch in den An-wendungsfällen des § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG, gilt.

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

- § 34 Absatz 3 BDSG regelt eine Maßnahme zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person. Die Intention des Gesetzgebers war es, durch Einführung dieser Regelung ein Ersatzrecht für die betroffenen Personen zu schaffen, denen gegenüber eine Auskunfterteilung u.a. aus den inzwischen in § 34 Absatz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG und in § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG aufgeführten Gründen abgelehnt wurde. Ihnen wird so grundsätzlich die Möglichkeit gegeben, durch mich prüfen zu lassen, ob sie in ihren Rechten beeinträchtigt worden sind. Entsprechende Schutzvorschriften sind grundsätzlich weit auszulegen. Es ist nicht erkennbar, warum die Pflicht zur Auskunftserteilung an mich nach Anpassung des BDSG an die DSGVO in Abweichung zur alten Rechtslage in den ergänzend durch Art. 34 Absatz 1 geregelten Fällen bestehen soll, in den Fällen des § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG hingegen nicht. Die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person, die dieses Ersatzrecht bedingt, ist in den Fällen des § 29 Absatz1 Satz 2 BDSG ebenso gegeben.

- Da § 34 Absatz 3 BDSG nach der Vorstellung des Gesetzgebers an die bisherige Regelung des § 19 Absatz 6 BDSG a.F. anknüpfen soll und die Altregelung auch den heutigen Beschränkungsgrund des § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG umfasste (vgl. § 19 Absatz 4 Nr. 3 BDSG a.F.), ist auch nach einer historischen Auslegung von einer Einbeziehung des § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG auszugehen.

Da der Wortlaut aber auch dahingehend interpretiert werden kann und teilweise auch so interpretiert wird, dass sich § 34 Absatz 3 BDSG nur auf die in § 34 Absatz 1 Nr. 1 und Nr. 2 geregelten Ausschlusstatbestände bezieht, wird eine entsprechende Klarstellung im Gesetz angeregt.

2. § 37a BDSG-E

Die nachfolgenden Ausführungen beinhalten eine Wiedergabe der Stellungnahme der DSK, der ich mich anschließe.

Die erstmals nach der Verbändebeteiligung im Regierungsentwurf aufgenommene Regelung gibt aus grundsätzlichen Erwägungen genauso wie aus einer Reihe von Einzelgesichtspunkten Anlass zu Kritik:

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

2.1. Allgemeines

a) Regelungsnotwendigkeit

Nach der Entscheidung des EuGH vom 7. Dezember 2023 (C-634/21) stellt Art. 22 Abs. 1 DS-GVO ein grundsätzliches Verbot dar, betroffene Personen einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung zu unterwerfen. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume bestehen insoweit zunächst nur für solche Bestimmungen, die angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO vorsehen. Wegen der übergeordneten Geltung der Grundsätze des Art. 5 DS-GVO weist der EuGH außerdem darauf hin, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO keine Rechtsvorschriften erlassen dürfen, nach denen ein Profiling unter Missachtung der Anforderungen von Artt. 5 und 6 DS-GVO in deren Auslegung durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zulässig wäre und stellt klar, dass die Mitgliedstaaten gleichzeitig nicht befugt sind, nähere Vorschriften für die Anwendung der Bedingungen der Rechtmäßigkeit für Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, b und f DS-GVO zu erlassen (EuGH, C-634/21, Rn. 68 und 72).

Allerdings hatte der EuGH im Hinblick auf die ihm vorgelegten Fragen des Ausgangsgerichts keinen Anlass zur abschließenden Erörterung über Art. 22 DS-GVO hinausgehender Anforderungen an nationale Ausnahmeregelungen im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO. Da Art. 22 DS-GVO in den Anforderungen des Art. 23 DS-GVO an mitgliedstaatliche Beschränkungen der Pflichten und Rechte von Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter ausdrücklich erwähnt wird, müssen aus Sicht der DSK die dort festgelegten Schranken nationaler Regelungsbefugnisse systematisch neben den in Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO genannten Einzelanforderungen beachtet werden. Eine Regelung wie die vorliegende muss daher wie andere Regelungen zur Beschränkung der Betroffenenrechte des 3. Abschnitts der DS-GVO insbesondere darlegen, auf welche der in Art. 23 Abs. 1 DS-GVO abschließend genannten Ausnahmegründe sie gestützt wird und ob sie insoweit eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt. Aussagen hierzu sind dem vorliegenden Entwurf an keiner Stelle zu entnehmen und auch aus dem Gesamtzusammenhang nicht ersichtlich.

Insbesondere kann die Entscheidung des EuGH selbst nicht als zwingender Anlass und Begründung der Notwendigkeit einer nationalen Regelung nach Art. 22 Absatz 2 lit. b DS-GVO betrachtet werden, da für die Nutzung von Scorewerten weiterhin Gestaltungen verbleiben, die außerhalb des durch den EuGH präzisierten Anwendungsbereichs des Art. 22 DS-GVO liegen.

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

Ich halte es daher für erforderlich, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 37a BDSG-E mit den weitergehenden Anforderungen des Art. 23 DS-GVO an nationale Beschränkungen des mit Art. 22 DS-GVO gewährleisteten Betroffenenrechts in Einklang steht.

b) Anwendungsbereich

Entgegen seiner Überschrift kann sich § 37a BDSG-E nach o. g. Rechtsprechung des EuGH alleine auf Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO stützen, mangels nationaler Regelungsbefugnis nicht aber als umfassende Ausgestaltung sonstiger Scoring-Sachverhalte auf Grundlage von Art. 22 Abs. 2 lit. a und c DS-GVO verstanden werden. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte daher von vornherein die Überschrift den Anwendungsbereich so klar als möglich abgrenzen.

Ich schlage hierzu folgende Änderung der Paragraphenbenennung vor:

„Ausnahmen vom Verbot automatisierte Entscheidungen im Einzelfall bei Scoring"

c) Sachverständigenanhörung

Angesichts der grundlegenden Bedeutung einer rechtssicheren Regelung von Kreditwürdigkeitsprüfung durch Scoringverfahren für Verbraucherinnen und Verbraucher genauso wie für Unternehmen der Kreditwirtschaft, des Online-Handels und zahlreicher weiterer Branchen sowie im Hinblick darauf, dass der Regelungsvorschlag zu § 37a BDSG-E nicht Gegenstand der Verbändeanhörung zum Referentenentwurf des BMI vom Sommer 2023 war, empfehle ich mit der DSK, die Regelung im Rahmen einer Sachverständigenanhörung im weiteren Gesetzgebungsverfahren umfassend zu analysieren.

2.2. Einzelheiten

Die DSK stellt fest, dass der Regelungsvorschlag eine größere Zahl ihrer Handlungsempfehlungen zum Datenschutz bei Scoringverfahren vom 11.05.2023 berücksichtigt hat, auch wenn diese zum damaligen Zeitpunkt nicht als Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten im Rahmen einer Verbotsausnahme nach Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO bestimmt waren. Unbeschadet dessen verbleiben noch nachfolgende Nachbesserungs- beziehungsweise Ergänzungserfordernisse:

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

a) § 37 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BDSG-E – Klärung des Begriffs „soziale Netzwerke“

Im Interesse der Rechtssicherheit empfiehlt die DSK, eine über die Begründung hinausgehende gesetzliche Präzisierung des Begriffs „sozialer Netzwerke“ im Kontext von Scoring aufzunehmen, die sich auch auf aus Nutzersicht nicht kommerzielle Angebote wie „X“ (vormals „Twitter“) oder „Telegram“ erstreckt.

b) § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. c BDSG-E – Klärung der Begriffe „Zahlungseingänge und -ausgänge“

Die im BDSG nicht anderweitig vorgeprägte Begrifflichkeit „Zahlungseingänge und -ausgänge“ sollte jedenfalls in der Gesetzesbegründung angesichts der Sensibilität dieser Daten konkretisiert werden. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten ist klarzustellen, dass davon nicht nur Salden oder der Nennwert von Gutschriften und Belastungen umfasst sind, sondern auch Verwendungszweck, Anweisende, Zahlungsempfänger, Zeitpunkt und ggf. Ort oder Zahlungsmittel, an dem oder durch das Buchungen ausgelöst wurden.

Das Verhältnis zu besonderen gesetzlichen Vorgaben, insbesondere der Kreditwürdigkeitsprüfung (z. B. §§ 18, 18a KWG; §§ 505a, 505b BGB) durch Kreditinstitute, ist nicht im Gesetzestext geregelt und erschließt sich systematisch allenfalls über die allgemeine Regelung zum Vorrang bereichsspezifischer Datenschutzregelungen. Angesichts der Besonderheiten einer Ausnahmeregelung auf Grundlage von Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO empfehle ich mit der DSK, eine Klarstellung im Normtext zu prüfen.

c) § 37a Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E – fehlende Diskriminierungsverbote

Unbeschadet künftiger Anforderungen der KI-Verordnung hält es die DSK anknüpfend an ihre bisherigen Handlungsempfehlungen für erforderlich, in § 37a Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E in Anlehnung an das AGG, ein Verbot der Nutzung von Daten zum Alter (für Wahrscheinlichkeitswerte im Sinne von § 37a Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E) und zum Geschlecht der betroffenen Person als Grundlagen der Erstellung oder Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswertes zu prüfen.

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

d) § 37a Abs. 2 BDSG-E – fehlende Anforderungen an Datenrichtigkeit und -aktualität

In ihrer Stellungnahme vom 11.05.2021 hatte die DSK empfohlen, Verfahren zur Sicherstellung richtiger und aktueller Daten für das Scoring zu implementieren. Diese Empfehlung hat keinen Eingang in § 37a BDSG-E gefunden. Die Richtigkeit und Aktualität der für die Berechnung herangezogenen Daten stellt indes ein entscheidendes Kriterium für eine valide und aussagekräftige Wahrscheinlichkeitsberechnung dar, deren Bedeutung für die Interessenabwägung auch der EuGH unterstreicht (Urt. v. 7.12.2023, Rs. C 26/22, Rn. 93 [Hervorhebung durch Verf.]: „Zur Abwägung der verfolgten berechtigten Interessen ist festzustellen, dass die Analyse einer Wirtschaftsauskunftei insoweit, als sie eine objektive und zuverlässige Bewertung der Kreditwürdigkeit der potenziellen Kunden der Vertragspartner der Wirtschaftsauskunftei ermöglicht, Informationsunterschiede ausgleichen und damit Betrugsrisiken und andere Unsicherheiten verringern kann.“)

Dementsprechend sollten entsprechende Anforderungen übergreifend in § 37a BDSG-E festgelegt werden.

e) § 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. a BDSG-E – fehlendes Zertifizierungserfordernis für die zu Grunde zu legenden wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahren

Abweichend von den DSK-Handlungsempfehlungen verzichtet der Gesetzentwurf bislang darauf, in § 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. a BDSG-E eine formale Zertifizierung für die dem Scoring zu Grunde zu legenden wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahren zu fordern. Das Merkmal der Nachweisbarkeit schafft dazu zwar Anknüpfungspunkte, verzichtet aber auf eine rechtssichere und operable Anforderung.

§ 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. a BDSG-E sollte daher durch folgenden Satz ergänzt werden:

„Die Erheblichkeit eines bestimmten Verhaltens für die Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte ist durch eine unabhängige Stelle im Rahmen eines anerkannten Zertifizierungsverfahrens zu bestätigen.“

[1] https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/st/DSK-Handlungsempfehlungen_Verbesserung_des_Datenschutzes_bei_Scoringverfahren.pdf.

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

f) § 37a Abs. 4 BDSG-E – proaktive Transparenzpflichten; Präzisierung der maßgeblichen Kriterien

(1) Die Informationen nach § 37a Abs. 4 BDSG-E sollten den betroffenen Personen nicht nur antragsabhängig, sondern proaktiv bei Übermittlung eines Scorewertes mitgeteilt werden.

Ich schlage daher vor, in § 37a Abs. 4 BDSG-E die Wörter „auf Antrag“ zu streichen.

(2) § 37a Abs. 4 Nr. 2 BDSG-E verlangt eine Beauskunftung der Kriterien, die den Wahrscheinlichkeitswert „am stärksten beeinflussen“ und greift damit grundsätzliche Handlungsempfehlungen der DSK zur Verbesserung der Betroffeneninformationen auf. Allerdings sollte der unbestimmte Rechtsbegriff zumindest im Rahmen der Begründung über die bisherigen Aussagen hinaus konkretisiert werden oder anknüpfend an den Schlussantrag des Generalanwalts in der Rechtssache C-634/21 (Rn. 58) jedenfalls das Ziel der Information benennen, nämlich der betroffenen Person die für eine etwaige Anfechtung der „Entscheidung“ maßgeblichen und dienlichen Informationen bereitzustellen.

g) § 37a Abs. 6 BDSG-E – Präzisierung spezifischer Betroffenenrechte

Um die Effektivität der Schutzrechte für betroffene Personen zu stärken, sollte anknüpfend an Art. 21 Abs. 4 DS-GVO eine Anforderung aufgenommen werden, die zum Hinweis auf diese Schutzrechte in verständlicher und von anderen Informationen getrennter Form verpflichtet.

Ich schlage vor, § 37a Abs. 6 BDSG-E um folgenden Satz zu ergänzen:

„Verantwortliche haben die betroffene Person spätestens bei der Mitteilung ihrer Entscheidung über ihre Rechte nach Satz 1 in verständlicher und von anderen Informationen getrennter Form zu unterrichten.“

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

II. Weiterer Regelungsbedarf im BDSG

1. Erweiterung der Aufsichtszuständigkeit des BfDI für Verstöße durch Beschäftigte öffentlicher Stellen des Bundes, die sich selbst als Verantwortliche gerieren (sog. Mitarbeiterexzess)

Es wird vorgeschlagen, in § 9 BDSG folgenden neuen Absatz 2 einzufügen:

„Die oder der Bundesbeauftragte ist ebenfalls zuständig für die Aufsicht über Beschäftigte, soweit diese gelegentlich ihrer dienstlichen oder betrieblichen Tätigkeit für Stellen, die ihrer oder seiner Aufsicht unterliegen, personenbezogene Daten aus deren Datenbeständen oder Erhebungsverfahren ausschließlich für dienst- oder betriebsfremde eigene Zwecke oder Zwecke eines Dritten verarbeiten (Exzess) und hierdurch selbst zu einem Verantwortlichen im Sinne des Artikel 4 Nummer 7 der Verordnung (EU) 2016/679 werden."

Der bisherige Absatz 2 wird dann Absatz 3.

Begründung:

Soweit Beschäftigte gelegentlich ihrer dienstlichen oder betrieblichen Tätigkeit für Stellen, die der Aufsicht des BfDI unterliegen, personenbezogene Daten aus deren Datenbeständen ausschließlich für dienst- oder betriebsfremde eigene Zwecke oder Zwecke eines Dritten verarbeiten und hierdurch selbst zu einem Verantwortlichen im Sinne des Artikel 4 Nummer 7 DSGVO werden, ist nach geltender Rechtslage nicht BfDI für die Aufsicht über die Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Beschäftigten, der den Exzess begangen hat, sondern die jeweilige Datenschutzaufsichtsbehörde des Landes zuständig. Ihre Aufsichtszuständigkeit ergibt sich hier aus den Zuständigkeitsabgrenzungen zwischen BfDI und den Aufsichtsbehörden der Länder in § 9 und § 40 BDSG. Für die entsprechende Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Mitarbeiter, der den Exzess begangen hat, ist nach § 40 BDSG die jeweilige Datenschutzaufsichtsbehörde des Landes zuständig, in dem der Mitarbeiter seinen Wohnsitz hat, da der Mitarbeiter als Privatperson nicht die Voraussetzungen der in § 9 Absatz 1 BDSG genannten Stellen erfüllt, sondern als nichtöffentliche Stelle i. S. v. § 2 Absatz 4 Satz 1 BDSG handelt.

Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde des Landes ist vor dem Hintergrund der in § 9 BDSG geregelten sachlichen Zuständigkeit des BfDI jedoch nicht sachgerecht und führt in der Praxis zu unnötigen Schwierigkeiten. Dem BfDI gelangt jährlich eine niedrige zweistellige Zahl von Fällen des Mitarbeiterexzesses seitens Beschäftigter von Bundesbehörden

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

zur Kenntnis. Die von den Beschäftigten begangenen Datenschutzverstöße werden sehr häufig gegenwärtig nicht geahndet, da die insoweit zuständigen Landesdatenschutzaufsichtsbehörden aus unterschiedlichen Gründen die notwendigen Ermittlungen nicht durchführen und zum Teil – etwa wenn es um Sachverhaltsermittlungen bei den Bundesbehörden selbst geht – auch nicht durchführen können.

BfDI sollte daher in diesen Fällen auch für die Aufsicht über entsprechende Datenverarbeitungen der Beschäftigten zuständig sein. Durch die Erweiterung seiner Zuständigkeit für Mitarbeiterexzesse könnten einheitliche Lebenssachverhalte bei einer Aufsichtsbehörde gebündelt werden. Dadurch könnte insbesondere auch vermieden werden, dass Landesdatenschutzbehörden bei Ermittlung des Sachverhaltes mittelbar auch mit Datenbeständen oder Verfahren der Bundesverwaltung gerade auch im Sicherheitsbereich in Berührung kommen. Zudem bliebe BfDI auch bei solchen Vorfällen der alleinige Ansprechpartner für die Bundesverwaltung. Die Aufsichtsbehörden der Länder sind mit diesem Vorschlag einverstanden.

2. Bedarf einer bereichsspezifischen Ausnahmeregelung i.S.v. § 17 VwVG

Es wird vorgeschlagen, im Sinne der zweiten Alternative des § 17 VwVG „etwas anderes bestimmt“ § 16 BDSG dahingehend zu ergänzen, dass auch dem BfDI die Anwendung von Zwangsmitteln im Fall des Nichtnachkommens von Anordnungen durch öffentliche Stellen ausdrücklich erlaubt wird.

Begründung:

Nach § 17 VwVG sind Zwangsmittel gegen Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts unzulässig, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Das BDSG enthält keine Regelung i.S.v. § 17 VwVG. Ohne eine entsprechende Regelung können Anordnungen des BfDI entgegen den Vorgaben der DSGVO und der JI-RL zu deren Verbindlichkeit nicht vollstreckt werden. Die fehlende Vollstreckbarkeit von Anweisungen und Untersagungen durch Zwangsmittel gegenüber Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts verstößt gegen das europäische Effektivitätsgebot. Für andere Aufsichtsbehörden gibt es teilweise bereits entsprechende Regelungen (vgl. § 17 Absatz 1 Satz 3 FinDaG, § 22 Absatz 3 Satz 4 ArbSchG).

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

3. Streichung des § 20 Absatz 7 BDSG

Es wird vorgeschlagen, § 20 Absatz 7 BDSG zu streichen.

Begründung:

Die Aufsichtsbehörde muss gemäß Art. 58 Absatz 2 DSGVO über umfassende Abhilfebefugnisse verfügen. Durch die Vorgaben des § 20 Absatz 7 BDSG ist jedoch in vielen Fällen keine durch Art. 58 Absatz 2 vorgesehene wirksame Abhilfe bei datenschutzrechtlichen Verstößen möglich. Eine rechtswidrige Datenverarbeitung oder ein sonstiger Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen kann dadurch bis zu einer endgültigen gerichtlichen Entscheidung, die aufgrund der Belastung der Gerichte und/oder der Vielschichtigkeit der Fälle teilweise erst Jahre nach der Entscheidung der Aufsichtsbehörde erfolgt, nicht zwangsweise abgestellt werden.

Wie insbesondere die Erfahrungspraxis meines Hauses zeigt, gibt es auch im öffentlichen Bereich Fälle, in denen die Anordnung der sofortigen Vollziehung notwendig ist, um die Rechte der Betroffenen zu wahren.

Gegen Abhilfemaßnahmen des BfDI sind bislang 25 Anfechtungsklagen erhoben worden. Die Anzahl der Klagen zeigt, dass es nicht selbstverständlich ist, dass die Abhilfemaßnahmen durch öffentliche Stelle umgesetzt werden. Aufgrund der aufschiebenden Wirkung von Anfechtungsklagen werden die Maßnahmen erst einmal nicht umgesetzt. Für Eilfälle wäre es daher entscheidend, dass die sofortige Vollziehung angeordnet werden kann, um in der Zwischenzeit irreversible Folgen für betroffenen Personen im Einzelfall zunächst abwenden zu können.

Die derzeitige Regelung in § 20 Absatz 7 BDSG ist ferner auch zum Schutz der öffentlichen Stellen nicht erforderlich, weil diese in ihrem Handeln ihrerseits durch § 80 Absatz 5 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) geschützt sind, wonach sie wie jeder andere Adressat der aufsichtsbehördlichen Maßnahme jederzeit die Möglichkeit haben, gerichtlich durch Beantragung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Absatz 5 VwGO eine Anordnung der sofortigen Vollziehung überprüfen zu lassen. Die verbindliche Entscheidung trifft demnach auch in einem solchen Fall allein das Verwaltungsgericht.

Zudem werden auch im Bereich der Richtlinie (EU) 2016/680 durch Artikel 47 die Mitgliedstaaten verpflichtet, wirksame Abhilfebefugnisse für die Aufsichtsbehörden vorzusehen. Hierzu gehört nach hiesiger Auffassung etwa auch die Möglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung, die § 20 Absatz 7 BDSG derzeit noch ausschließt. Für effektiven Grundrechtsschutz wäre eine solche Befugnis aber von großer Bedeutung. Da der Wortlaut und die Zielsetzung des § 20 Absatz 7 BDSG eindeutig sind, ist eine unionsrechtskonforme

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

Auslegung dieser Norm nicht möglich. Im Ergebnis wird dadurch dem Aufsichtsinstrument der Anordnung seine in Artikel 47 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2016/680 vorausgesetzte Wirksamkeit genommen.

Die Frage der Durchsetzung aufsichtsbehördlicher Entscheidungen stellt sich aus hiesiger Sicht in jedem Fall, nicht zuletzt, weil eine effektive Durchsetzung aufsichtsbehördlicher Entscheidungen auch ein Mittel zur Prävention von Datenschutzverstößen sein kann.

4. Streichung des § 43 Absatz 3 BDSG

Es wird vorgeschlagen, § 43 Absatz 3 BDSG zu streichen.

Begründung:

Gemäß § 43 Absatz 3 BDSG sollen gegen Behörden und sonstige öffentliche Stellen im Sinne des § 2 Absatz 1 BDSG keine Geldbußen verhängt werden. Der nationale Gesetzgeber hat hier von der Öffnungsklausel des Art. 83 Absatz 7 DSGVO Gebrauch gemacht.

Wie sich auch in der Praxis gezeigt hat, besteht jedoch ein Bedarf, zur Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen auch gegenüber diesen Stellen. Die Verhängung von Geldbußen kommt für leichte bis schwere Verstöße in Betracht. Mangels entsprechender Befugnis besteht gegenüber öffentlichen Stellen derzeit jedoch keine Möglichkeit, die Schwere des Verstoßes gegenüber der beaufsichtigten Stelle hinreichend deutlich zu machen. Darüber hinaus entfalten drohende Geldbußen im Hinblick auf die durch Art. 57 DSGVO eingeräumten Befugnisse die am meisten abschreckende Wirkung und dienen folglich der Sicherstellung der Einhaltung der Bestimmungen der DSGVO, indem insbesondere Datenschutzverstößen aktiv vorgebeugt werden würde.

Die Möglichkeit zur Verhängung von Geldbußen ist zudem aus Gründen der Gleichbehandlung von öffentlichen und nichtöffentlichen Stellen erforderlich. Die Argumentation des Bundesministeriums für Inneres und für Heimat in seinem Bericht zur Evaluierung des BDSG aus dem Jahr 2021, nachdem die Verhängung von Geldbußen lediglich eine Verschiebung von Haushaltsmitteln des Bundes zwischen öffentlichen Stellen des Bundes zur Folge hätte und somit keine sachliche Vergleichbarkeit zu nichtöffentlichen Stellen bestünde (S. 67), greift nach meiner Ansicht zu kurz, denn der Sanktionscharakter eines Bußgeldes besteht aufgrund der eigenen Haushaltsbetroffenheit der jeweiligen Stelle uneingeschränkt. Die abschreckende Wirkung von drohenden Geldbußen führt letztlich auch dazu,

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

dass (durch die damit einhergehende Motivation zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen) vermieden wird, dass öffentliche Mittel für mögliche Schadensersatzansprüche von Betroffenen gemäß Art. 82 DSGVO verwendet werden müssen.

5. § 41 Absatz 1 BDSG

Es wird mit der DSK vorgeschlagen,

in § 41 Absatz 1 Satz 2 BDSG die Wörter „§§ 17, 35 und 36“ durch die Wörter „§§ 17, 30 Absatz 1, 35 und 36“ zu ersetzen.

Um sicherzustellen, dass § 30 Absatz 2a Satz 1 und 3 OWiG anwendbar bleiben (Bußgeld gegen Gesamtrechtsnachfolger) und das Verfahrensrecht des GWB nachgebildet wird, sollte in § 41 Absatz 1 BDSG folgender Satz 3 ergänzt werden:

> *„§§ 59, 59b Absatz 3, 81 Absatz 2 Nr. 6 bis 11 i. V. m. § 81c, § 81a Absatz 2 bis 5, § 81b, § 81e, § 81f, § 81g Absatz 2, § 82b des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen sind entsprechend anwendbar; Geldbußen im Sinne jener Vorschriften sind solche wegen Verstößen gegen die Verordnung (EU) 679/2016, abweichend hiervon in den Fällen des § 81 Abs. 2 Nr. 6 bis 11 solche nach § 81c.“*

Für die spezifische Festlegung der funktionalen Besetzung der Kammern bei den Landgerichten sollte in § 41 Absatz 1 BDSG folgender Satz 5 ergänzt werden:

> *„Das Landgericht entscheidet in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluss des vorsitzenden Mitglieds.“*

Begründung:

Gemäß § 41 Absatz 1 Satz 1 BDSG gelten für Verstöße nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 DSGVO, soweit das BDSG nichts anderes bestimmt, die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) sinngemäß. Nach § 41 Absatz 1 Satz 2 BDSG finden lediglich die §§ 17, 35 und 36 OWiG keine Anwendung. Daraus könnte die falsche Schlussfolgerung geschlossen werden, dass die §§ 30, 130 OWiG zur Reichweite der Verantwortlichkeit von juristischen Personen und Personenvereinigung für Bußgeldverstöße Geltung haben sollen. Dies würde jedoch den Vorgaben der DSGVO widersprechen.

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

§ 30 Absatz 1 OWiG basiert auf dem sog. Rechtsträgerprinzip und normiert, dass die Verhängung von Bußgeldern gegen juristische Personen davon abhängt, dass der konkrete Verstoß einer in § 30 Absatz 1 OWiG benannten Leitungsperson festgestellt wird. Der EuGH hat durch Urteil vom 5. Dezember 2023 (C-807/21 – Deutsche Wohnen) nunmehr festgestellt, dass das deutsche Rechtsträgerprinzip der Harmonisierung der DSGVO entgegensteht. So heißt es konkret im Tenor zu 1 der zuvor genannten Entscheidung: „Art. 58 Absatz 2 Buchst. i und Art. 83 Absatz 1 bis 6 der [DSGVO] sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach eine Geldbuße wegen eines in Art. 83 Absatz 4 bis 6 DSGVO genannten Verstoßes gegen eine juristische Person in ihrer Eigenschaft als Verantwortliche nur dann verhängt werden kann, wenn dieser Verstoß zuvor einer identifizierten natürlichen Person zugerechnet wurde“.

Damit stellt das Gericht klar, dass juristische Personen dafür verantwortlich sind, dass Daten im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit rechtmäßig verarbeitet werden (vgl. Rn. 44). Erfasst sind deshalb nicht nur wie bisher die gesetzlichen Vertreter oder Leitungspersonen (§ 30 Absatz 1 OWiG), sondern sämtliche Mitarbeitende des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung (vgl. auch EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2023 –, C-807/21, Rn. 60, 77).

Das heißt, es wird die „soziale Einheit“ des Unternehmens sanktioniert, die mitunter fehlorganisiert sein könnte – nicht der Unternehmensträger (so KG, Beschl. v. 22. Januar 2024 – 161 AR 84/2, Rn. 14 m. Vw. auf Gassner/Seith, Ordnungswidrigkeitengesetz, 2. Aufl. 2020 § 30 Rn. 13). Folglich fallen alle Personen, die im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit handeln, in den abstrakten Verantwortungskreis der juristischen Person (KG, Beschl. v. 22. Januar 2024 – 161 AR 84/2 mit Bezug zu EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2023, – C 807/21).

Eine Kenntnis der Inhaber oder Geschäftsführer des Unternehmens von der konkreten Handlung ist für die Zuordnung der Verantwortlichkeit nicht erforderlich (EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2023 – C-807/21, Rn. 77 m. w. N.), wobei Exzesse ausgenommen sind (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2023 – C-807/21, Rn. 44). Daher läuft eine Weitergeltung des § 30 Absatz 1 OWiG über § 41 Absatz 1 Satz 1 und 2 BDSG den Vorgaben der DSGVO zuwider. Die Aufsichtsbehörden sind aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts derzeit verpflichtet, § 41 Absatz 1 Satz 1 und 2 BDSG in Bezug auf die Weitergeltung des § 30 Absatz 1 OWiG unangewendet zu lassen (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Juni 1989 C-103/88, Rn. 28 ff.).

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

§ 30 Absatz 2a Satz 1 und 3 OWiG haben in § 81a Absatz 2 GWB eine Parallelvorschrift, sodass nicht unbedingt Teile des § 30 anwendbar gelassen werden müssen. Ohnehin müssten Normen des GWB zusätzlich Anwendung finden, damit das Kartellbußrecht besser nachgebildet wird, bestehende Zurechnungslücken geschlossen werden und ein der Schwere der Bußgeldandrohung angemessenes Verfahren gewährleistet ist.

Dies auch, weil der EuGH in seinem o. g. Urteil explizit darauf verweist, dass der Umsatzbegriff der DSGVO dem des Kartellrechts gleich ist um „die in Art. 83 Absatz 1 DSGVO genannten Voraussetzungen [einer Geldbuße zu] erfüllen, sowohl wirksam und verhältnismäßig als auch abschreckend zu sein“ (EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2023 – C-807/21, Rn. 58). So heißt es dort: „Daher ist eine Aufsichtsbehörde, wenn sie aufgrund ihrer Befugnisse nach Art. 58 Absatz 2 DSGVO beschließt, gegen einen Verantwortlichen, der ein Unternehmen im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV ist oder einem solchen angehört, eine Geldbuße gemäß Art. 83 DSGVO zu verhängen, nach Art. 83 im Licht des 150. Erwägungsgrundes der DSGVO verpflichtet, bei der Berechnung der Geldbußen für die in Art. 83 Absatz 4 bis 6 DSGVO genannten Verstöße den Begriff ‚Unternehmen‘ im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV zugrunde zu legen.“ (EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2023 – C-807/21 Rn. 59).

Die entsprechend anwendbaren Vorschriften des GWB umfassen:

- § 59: Auskunftsverlangen insb. zu wirtschaftlichen Kennzahlen
- § 59b Absatz 3: Enthält bei Satz 1 Nr. 3 eine Mitwirkungspflicht natürlicher Personen bei Durchsuchungen
- § 81 Absatz 2 Nrn. 6 bis 11: Materielle Bußgeldtatbestände, insbesondere, wenn verlangte Auskünfte nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt wurden
- § 81a Absatz 2 bis 5: Absatz 2 enthält insbesondere die notwendige Parallelvorschrift zu § 30 Absatz 2a Satz 1 und 3 OWiG. Absatz 3 enthält Regelungen zur wirtschaftlichen Nachfolge (nicht Gesamtrechtsnachfolge). Absatz 4 regelt insbesondere die Verjährung. Absatz 5 bestimmt eine die gesamtschuldnerische Haftung, wenn Geldbußen gegen mehrere Betroffene festgesetzt werden.
- § 81b: Geregelt werden Geldbußen gegen Unternehmensvereinigungen, insbesondere im Falle der fehlenden Zahlungsfähigkeit

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

- § 81e: Ausfallhaftung bei Erlöschen eines Unternehmens
- § 81f: Verzinsung der Geldbuße
- § 81g Absatz 2: Unterbrechung der Verjährung durch Auskunftsverlangen
- § 82b: Anwendungsbefehl zu §§ 59 bis 59b GWB im Bußgeldverfahren

In Anlehnung an § 83 Absatz 2 GWB sollte zumindest auch deklaratorisch der § 41 Absatz 1 BDSG um eine spezifischere Festlegung ergänzt werden, der die funktionale Besetzung der Kammern bei den Landgerichten regelt.

6. Streichung von § 29 Absatz 3 Satz 1 BDSG

Es wird vorgeschlagen, § 29 Absatz 3 Satz 1 BDSG zu streichen.

Begründung:

§ 29 Absatz 3 Satz 1 BDSG regelt aufsichtsbehördliche Befugnisse im Fall von Geheimhaltungspflichten. Die Vorschrift schließt die Untersuchungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden nach Art. 58 Absatz 1 lit. e und f DSGVO gegenüber den in § 203 Absatz 1, 2 und 3 des StGB genannten Personen aus, soweit die Inanspruchnahme der Befugnisse zu einem Verstoß gegen die Geheimhaltungspflichten dieser Person führen würde.

§ 29 Absatz 3 Satz 1 BDSG stützt sich auf Art. 90 DSGVO, um das Spannungsverhältnis zwischen den aufsichtsrechtlichen Befugnissen der Aufsichtsbehörden einerseits und den Schutz von Berufsgeheimnissen andererseits aufzulösen. Nach Art. 90 DSGVO können die Befugnisse der Aufsichtsbehörden gegenüber Berufsgeheimnisträgern durch den nationalen Gesetzgeber geregelt werden, soweit dies notwendig und verhältnismäßig ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Pflicht zur Geheimhaltung in Einklang zu bringen.

Da § 29 Absatz 3 Satz 1 BDSG die gesamte Datenverarbeitung von Berufsgeheimnisträgern ausschließt, obgleich dies nach der Vorgabe des Art. 90 DSGVO nur für die Fälle durch die Mitgliedstaaten geregelt werden kann, in denen dies notwendig und verhältnismäßig ist, um das um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Pflicht zur Geheimhaltung in Einklang zu bringen, überspannt diese Regelung den in Artikel 90 Absatz 1 DSGVO eröffneten Spielraum.

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

Eine Abwägung im Hinblick auf die Frage der Notwendig- und Verhältnismäßigkeit findet durch § 29 Absatz 3 Satz 1 BDSG nicht statt. Informationen, die einer Geheimhaltungspflicht unterliegen, lassen sich jedoch nicht per se durch nationale Regelungen einer aufsichtsbehördlichen Kontrolle entziehen, sondern ihnen kann im Einzelfall nur dann durch nationales Recht Vorrang eingeräumt werden, wenn die Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses tatsächlich mit dem Recht auf Datenschutz in Kollision tritt und das Bestehen einer aufsichtsbehördlichen Eingriffs-kompetenz das Recht tatsächlich unterläuft.

Die Streichung des § 29 Absatz 3 Satz 1 BDSG würde zudem nicht zu einem unbeschränkten Datenzugriff durch die Aufsichtsbehörden führen, da durch Artikel 58 Absatz 1 lit. e DSGVO sichergestellt wird, dass Aufsichtsbehörden nur den Zugang zu allen personenbezogenen Daten und Informationen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig sind, verlangen können.

7. Überprüfung des Anwendungsbereichs oder Streichung von § 22 BDSG

Es wird vorgeschlagen, § 22 Absatz 1 BDSG im Hinblick auf seinen Anwendungsbereich zu überprüfen oder zu streichen.

Begründung:

Die Regelung des § 22 Absatz 1 BDSG wird in ihrer Form als Generalklausel den Anforderungen der in Art. 9 Absatz 2 DSGVO, der Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Absatz 1 DSGVO ermöglicht, enthaltenen Öffnungsklauseln nicht gerecht. Durch die Öffnungsklausel darf kein Auffanggesetz mit abstrakten Verarbeitungstatbeständen und entsprechend unspezifischen Garantien für die Grundrechte und Interessen der betroffenen Person geschaffen werden. Dies ist aber mit § 22 Absatz 1 BDSG der Fall.

In den einzelnen Regelungen des § 22 Absatz 1 BDSG wird der Wortlaut der Spezifizierungsklauseln des Art. 9 Absatz 2 DSGVO nahezu unverändert übernommen. § 22 Absatz 1 Nr. 2 BDSG begrenzt zwar zusätzlich den Anwendungsbereich auf öffentliche Stellen und verlangt eine Güterabwägung. Letztere wir aber ohnehin bereits durch Art. 9 Absatz 2 lit. g DSGVO, d.h. der § 22 Absatz 1 Nr. 2 BDSG zugrundeliegenden Öffnungsklausel, gefordert. Sinnvolle Konkretisierungen durch nationales Recht sind diesen Regelungen nicht zu entnehmen.

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

§ 22 Absatz 1 BDSG gestaltet sich überdies in der Praxis schwierig, da die hierin getroffenen Regelungen insbesondere in Konflikt mit den bereichsspezifischen Regelungen des jeweiligen Fachrechts, welches in großen Teilen bereits eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten explizit regelt und den Regelungen des § 22 Absatz 1 insoweit vorgeht, geraten. So differenziert § 22 BDSG im Gegensatz zu den vorhandenen bereichsspezifischen Regelungen beispielweise nicht nach einzelnen Verwendungszwecken.

Insbesondere, da die durch Art. 9 DSGVO geschützten besonders sensiblen Daten nach dem Verordnungsgeber einen besonderen Schutz verdienen, weil im Zusammenhang mit ihrer Verarbeitung erhebliche Risiken für die Grundrechte und Grundfreiheiten auftreten können, müssen die Ausnahmetatbestände des Artikel 9 Absatz 2 DSGVO, die einer nationalen Regelung zugänglich sind, in dieser Regelung umfassend berücksichtigt werden.

8. Streichung von § 23 Absatz 1 Nr. 2 BDSG sowie § 23 Absatz 1 Nr. 3 Var. 1 und 5 BDSG

Es wird vorgeschlagen, § 23 Absatz 1 Nr. 2 BDSG zu streichen und § 23 Absatz 1 Nr. 3 Var. 1 und 5 BDSG im Hinblick auf den jeweiligen Anwendungsbereich zu überprüfen und ggf. zu streichen.

Begründung:

Nach dem in Art. 5 Absatz 1 lit. b DSGVO geregelten Grundsatz der Zweckbindung müssen personenbezogene Daten für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht mit einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Nach dem in Art. 5 Absatz 1 lit. a DSGVO geregelten Grundsatz der Transparenz müssen diese Daten zudem in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden. Art. 6 Absatz 4, Art. 23 Absatz 1 DSGVO ermöglichen es den Mitgliedstaaten, durch nationale Rechtsvorschriften die Verarbeitung zu anderen Zwecken als denjenigen, zu denen die personenbezogenen Daten erhoben wurden, zu erlauben.

Beschränkungen nach Art. 23 DSGVO müssen den Wesensgehalt der Grundrechte beachten, notwendig und verhältnismäßig sein. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH müssen sich Ausnahmen von den unionrechtlichen Vorgaben auf das absolut Notwendige beschränken. Um die Verhältnismäßigkeit zu wahren, muss die Beschränkung u.a. die Ziele benennen, deren Sicherung sie dienen soll, die Beschränkung muss zudem diesen Zielen dienen und zu ihrer Umsetzung geeignet sein.

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

Die durch § 23 Absatz 1 Nr.2 BDSG vorgenommene Beschränkung erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

Nach § 23 Absatz 1 Nr. 2 BDSG ist eine zweckändernde Weiterverarbeitung personenbezogener Daten in den Fällen, in welchen die Angaben einer Person überprüft werden müssen, weil tatsächliche Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit bestehen, zulässig. Es ist nicht erkennbar, auf welches der in Art. 23 Absatz 1 lit. a-j genannten Ziele diese ausnahmsweise erlaubte Sekundärverarbeitung Bezug nimmt. Zudem enthält die Vorschrift keine Einschränkungen, welche sicherstellen, dass der normierte Datenabgleich tatsächlich zum Schutz dieser Ziele stattfindet. Ferner ergibt sich bereits aus dem ebenfalls in Art. 5 Absatz 1 lit. a DSGVO geregelten Grundsatz der Richtigkeit die Pflicht des Verantwortlichen, lediglich richtige personenbezogene Daten zu verarbeiten.

Auch die Regelungen in § 23 Absatz 1 Nr. 3 Var. 1 (Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl) und 5 (Wahrung erheblicher Belange des Gemeinwohls) BDSG erfüllen aufgrund ihrer zu unbestimmten Formulierung nicht die Voraussetzungen der Art. 6 Absatz 4, Art. 23 Absatz 1 DSGVO und können den Verantwortlichen in ihrer aktuellen Fassung nicht von der in der DSGVO grundsätzlich vorgesehenen Zweckvereinbarkeit befreien. Es ist insbesondere nicht klar, welche Sachverhalte unter diese beiden vom nationalen Gesetzgeber - entgegen der in Art. 23 DSGVO geforderten Konkretisierung- lediglich generalklauselmäßig benannten Zwecke zu subsumieren sind. Abgrenzungsprobleme ergeben sich zudem u.a. zu § 23 Absatz 1 Nr. 3 Var. 2 BDSG der bereits die Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit regelt.

9. Überarbeitung von § 27 Absatz 2 BDSG und § 28 Absatz 4 BDSG

Es wird eine unionsrechtkonforme Überarbeitung von § 27 Absatz 2 BDSG und § 28 Absatz 4 BDSG vorgeschlagen.

Begründung:

§ 27 Absatz 2 BDSG und § 28 Absatz 4 BDSG beschränken wesentliche Betroffenenrechte bei der Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken bzw. bei der Datenverarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken.

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

Die beiden Vorschriften erschöpfen sich dabei nahezu wortgleich in der Wiedergabe der jeweils zugrundeliegenden Öffnungsklausel der DSGVO (§ 27 Absatz 2 BDSG stützt sich auf Art. 89 Absatz 2 DSGVO und § 28 Absatz 4 BDSG auf Art. 89 Absatz 3 DSGVO) und stehen auch aufgrund ihrer pauschalen Formulierung nicht im Einklang mit diesen. Darüber hinaus fehlt in beiden Vorschriften der in den jeweiligen Öffnungsklauseln niedergelegte Grundsatz, dass Einschränkungen der Betroffenenrechte zu Zwecken der Forschung, der Archivierung und zu statistischen Zwecken nur unter der Voraussetzung eingeführt werden dürfen, dass bei der Verarbeitung Bedingungen und Garantien gemäß Artikel 89 Absatz 1 DSGVO (Sicherung des Grundsatzes der Datenminimierung durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen) zu gewährleisten sind. Ferner werden beide Vorschriften den Anforderungen der qualifizierten Erforderlichkeit aus Artikel 89 Absatz 2 und 3 DSGVO nicht gerecht.

Insbesondere mangels Aufnahme von Spezifikationen, wann die Betroffenenrechte ausnahmeweise eingeschränkt werden dürfen, haben die Verantwortlichen durch die derzeitigen Fassungen des § 27 Absatz 2 BDSG und § 28 Absatz 4 BDSG einen zu weiten, nicht mit dem Unionsrecht zu vereinbarenden Entscheidungsspielraum.

10. Überarbeitung von § 32 Absatz 1 BDSG und § 33 Absatz 1 BDSG

Es wird vorgeschlagen, § 32 Absatz 1 BDSG zu streichen und §§ 32 Absatz 1 Nr. 2 – 5, 33 Absatz 1 Nr. 1 lit. a, Absatz 1 Nr. 1 lit. b, Absatz 1 Nr. 2 lit. a und Absatz 1 Nr. 2 lit b BDSG zu überarbeiten.

Begründung:

Zwar können die Mitgliedstaaten nach Art. 23 Absatz 1 DSGVO auch Beschränkungen der Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO und Art. 14 DSGVO regeln, jedoch stehen die vom Bundesgesetzgeber auf diese Öffnungsklausel gestützten Normen des § 32 Absatz 1 BDSG und des § 33 Absatz 1 BDSG (teilweise) nicht im Einklang mit der DSGVO.

§ 32 Absatz 1 Nr. 1 BDSG verstößt aus mehreren Gründen gegen Unionsrecht. Die DSGVO schränkt zwar ihren Anwendungsbereich nach Art. 2 Absatz 1 für bestimmte Formen der nicht-automatisierten Verarbeitung ein, sie differenziert im Übrigen jedoch nicht zwischen analoger und digitaler Datenverarbeitung. Auch Artikel 23 Absatz 1 DSGVO nennt eine mit dem Ursprungszweck zu vereinbarende Weiterverarbeitung analoger Daten nicht als Ausnahmegrund. Insbesondere handelt es sich hierbei nicht um eine Maßnahme, durch die

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

Rechte und Freiheiten anderer Personen i. S. v. Art. 23 Absatz 1 lit. i Var. 2 DSGVO sicherstellt werden. Zudem verstößt die Regelung gegen das Bestimmtheitsgebot. Unklar ist insbesondere, wann „das Interesse der betroffenen Person an der Informationserteilung nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere mit Blick auf den Zusammenhang, in dem die Daten erhoben wurden, als gering anzusehen ist“. Die Vorschrift ist daher zu streichen.

Auch die in §§ 32 Absatz 1 Nr. 2 – 5, 33 Absatz 1 Nr. 1 lit. a, Absatz 1 Nr. 1 lit. b, Absatz 1 Nr. 2 lit. a und Absatz 1 Nr. 2 lit b BDSG geregelten Ausnahmetatbestände begegnen unionsrechtlichen Bedenken, da sie teilweise über die Öffnungsklausel des Art. 23 Absatz 1 DSGVO hinausgehen. So schränkt beispielsweise § 32 Absatz 1 Nr. 2 BDSG die Informationspflicht mangels Konkretisierung über die ihr zugrundeliegende Öffnungsklausel des Art. 23 Absatz 1 lit. h DSGVO hinaus bei einer Gefährdung der Erfüllung sämtlicher in der Zuständigkeit der öffentlichen Stelle liegenden Aufgaben unzulässig ein. Obgleich Art. 23 DSGVO lediglich die öffentliche Sicherheit als Schutzgut kennt, führen §§ 32 Absatz 1 Nr. 3, 33 Absatz 1 Nr. 1 lit.b und Nr. 2 lit. b hingegen (auch) eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung als Grund für die Ausnahme von der jeweiligen Informationspflicht an. Diese Vorschriften sollten mithin überarbeitet werden.

11. Streichung von § 35 Absatz 3 BDSG

Es wird vorgeschlagen, § 35 Absatz 3 BDSG zu streichen.

Begründung:

Nach § 35 Absatz 3 BDSG soll die Löschungsverpflichtung ergänzend zu Art. 17 Absatz 3 lit. b DSGVO nicht bestehen, wenn einer Löschung „satzungsgemäße oder vertragliche Aufbewahrungsfristen“ entgegenstehen.

Art. 17 Absatz 3 lit. b DSGVO, auf den diese Ausnahmeregelung gestützt wird, sieht jedoch bereits Beschränkungen der Löschungsverpflichtung für die Fälle, in denen die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, die die Verarbeitung nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten, dem der Verantwortliche unterliegt, erfordert, vor.

Die in § 35 Absatz 3 BDSG benannten vertraglichen sowie einseitig vom Verantwortlichen übernommene Verpflichtungen können folglich keine Rechtspflichten i. S. d. Art. 17 Absatz 3 lit. b DSGVO begründen. In Betracht kommen mithin allenfalls hoheitlich begründete Rechtspflichten.

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de

Bestehen die in § 35 Absatz 3 BDSG benannten satzungsmäßigen oder vertraglichen Aufbewahrungsfristen könnte man zudem darauf abstellen, dass die personenbezogenen Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, weiter notwendig bleiben und folglich der Löschgrund nach Art. 17 Absatz 1 lit. a DSGVO ohnehin nicht greift.

Da eine Einschränkung der Betroffenenrechte durch private Satzungen nicht möglich ist, müsste § 35 Absatz 3 BDSG selbst für den Fall, dass keine Streichung erfolgen sollte, dahingehend geändert werden, dass das Wort „satzungsmäßiger“ durch „von in öffentlich-rechtlichen Satzungen vorgesehenen“ ersetzt wird (vgl. auch die mit dem Gesetzesentwurf entsprechend vorgenommene Änderung zu § 34 Absatz 1 Nr. 2 BDSG).

12. Ergänzung des § 9 BDSG um die Aufsichtszuständigkeit des BfDI für Stellen, die für den Bund Dienstleistungen der Informationstechnik erbringen oder informationstechnische Infrastrukturen betreiben

Es wird vorgeschlagen, § 9 Absatz 1 BDSG um folgenden Satz 3 zu ergänzen:

„(1) … [3]Satz 2 gilt auch für nichtöffentliche Stellen, soweit sie für den Bund Dienstleistungen der Informationstechnik erbringen oder informationstechnische Infrastrukturen betreiben“

Begründung:

In der Aufsichtspraxis des BfDI haben sich im Hinblick auf für den Bund zu erbringende Dienstleistungen der Informationstechnik bzw. zu betreibende informationstechnische Infrastrukturen Fälle ergeben, in denen eine Auftragsverarbeitung dergestalt vorliegt, dass der Verantwortliche eine öffentliche Stelle des Bundes und das (nichtöffentliche) Betreiberunternehmen (Unter-)Auftragsverarbeiter ist. Das Betreiberunternehmen darf als (Unter-)Auftragsverarbeiter personenbezogene Daten nur aufgrund der Weisungen des Verantwortlichen verarbeiten. Dadurch, dass die öffentlichen Stellen als Verantwortliche nach § 9 BDSG der Aufsicht des BfDI unterliegen, ist mittelbar zunächst sichergestellt, dass sämtliche in diesem Zusammenhang durch das Betreiberunternehmen durchgeführte Verarbeitungen ebenfalls der Aufsicht des BfDI unterliegen. Dies gilt unabhängig von der Rechtsform des Betreiberunternehmens und einer etwaigen Beherrschung durch den Bund.

Die Betreiberunternehmen unterliegen gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 BDSG als nichtöffentliche Stellen auch dann der Aufsicht durch den BfDI, wenn dem Bund die Mehrheit der Anteile

Graurheindorfer Str. 153 FON +49 (0)228-997799-0 E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
53117 Bonn INTERNET www.bfdi.bund.de

gehört oder ihm die Mehrheit der Stimmen zusteht. Ist eine solche Beherrschung durch den Bund jedoch nicht gegeben, unterliegen die Betreiberunternehmen der Aufsicht der zuständigen Landesdatenschutzaufsichtsbehörde. Dieser obliegt damit die konkrete Aufsicht, ob das Betreiberunternehmens die Vorschriften der DSGVO einhält. In der Folge unterliegt die Betreibergesellschaft gegenüber dem BfDI keinen Mitwirkungspflichten. Dadurch ist seitens BfDI aufgrund Eingriffs in die Aufsichtsbefugnisse der jeweiligen Landesdatenschutzaufsichtsbehörde keine Vor-Ort-Kontrolle möglich und er ist in diesen Fällen immer auf eine mittelbare Einwirkung über den Verantwortlichen (bzw. einem Auftragsverarbeiter) unter seiner Datenschutzaufsicht angewiesen.

Eine vollständige einheitliche Aufsicht durch den BfDI ist in den genannten Konstellationen somit allein auf Basis eines Auftragsverarbeitungsverhältnisses nicht gewährleistet, vielmehr erfolgt die Aufsicht über die Einhaltung der DSGVO bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Bundes teilweise durch die jeweils zuständige Landesdatenschutzaufsichtsbehörde.

Eine vollständige und uneingeschränkte Aufsicht durch den BfDI über das privatrechtlich organisierte Betreiberunternehmen wäre möglich, wenn dieses insoweit den vom Bund beherrschten Auftragsverarbeitern gleichgestellt wird. Zwar nimmt das Betreiberunternehmen in diesem Falle öffentliche Aufgaben des Bundes wahr, jedoch ist die weitere Voraussetzung, die Beherrschung durch den Bund im Sinne einer Mehrheitsbeteiligung oder eines auf andere Weise hergestellten alleinigen Einflusses des Bundes auf alle wesentlichen Entscheidungen der Geschäftstätigkeit, nicht zwangsläufig gegeben. Die vorgeschlagene Ergänzung des § 9 Abs. 1 schließt diese Lücke und stellt sicher, dass bei Anwendungen wie beispielsweise einer Bundescloud eine durchgehende Aufsicht durch den BfDI besteht. Führt das Betreiberunternehmen auch andere Verarbeitungsvorgänge außerhalb der Tätigkeit für den Bund durch, gelten weiterhin die Zuständigkeiten der Landesdatenschutzaufsichtsbehörden nach § 40 BDSG. Insofern entstünde eine geteilte, aber klar abgrenzbare Aufsichtszuständigkeit ähnlich wie bei Anbietern von Telekommunikations- oder Postdienstleistungen.

Graurheindorfer Str. 153
53117 Bonn
FON +49 (0)228-997799-0
E-MAIL poststelle@bfdi.bund.de
INTERNET www.bfdi.bund.de