

**Ausschussvorlage INA 19/64 – öffentlich –**

**Ausschussvorlage UDS 19/9 – öffentlich –**

**Stellungnahmen der Anzuhörenden**

zu dem

**Gesetzentwurf**

**der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein  
Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen Datenschutz-  
rechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der  
Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit  
– Drucks. [19/5728](#) –**

- |     |   |        |
|-----|---|--------|
| 27. | Verband Freier Berufe in Hessen           | S. 204 |
| 28. | Hessischer Rundfunk (unaufgefordert)      | S. 206 |
| 29. | Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhm, LL.M. | S. 211 |

**Präsidentin**

VFB in Hessen – Rhonestr. 4 – D-60528 Frankfurt am Main

An den Vorsitzenden des  
Innenausschusses  
**Horst Klee**  
Hess. Landtag  
Schlossplatz 1-3  
65185 Wiesbaden

**Dr. Karin Hahne**Telefon: 069/ 42 72 75 185  
Telefax: 069/ 42 72 75 105

E-Mail: info@vfbh.de

13. März 2018/ph

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und  
Bündnis 90/die Grünen für ein Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen  
Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der  
Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit (Drucksache 19/5728)**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

wir bedanken uns für die Möglichkeit der Stellungnahme zu dem oben genannten  
Gesetzentwurf.

Bei der Neufassung des Hessischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz ist in §80 Abs. 1 vorgesehen, dass **jeder** nach Maßgabe des vierten Teils dieses Gesetzes gegenüber **öffentlichen Stellen** Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen hat. Die Kammern der Freien Berufe sind öffentliche Stellen im Sinne dieses Gesetzentwurfes. Der Verband Freier Berufe in Hessen vertritt die Interessen von ca. 83.500 Freiberuflern in Hessen; Mitglieder des VFBH sind u.a. die Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, die Ingenieurkammer des Landes Hessen, die Landesärztekammer Hessen, die Landeszahnärztekammer Hessen, die Landeskammer für Psychologische Psychotherapeutinnen und -therapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und -therapeuten Hessen, die Rechtsanwaltskammern Kassel und Frankfurt sowie die Steuerberaterkammer Hessen und die Wirtschaftsprüferkammer Hessen. Die Freiberuflerkammern in Hessen sind berufsständische Selbstverwaltungen, denen insbesondere die Überwachung der Berufspflichten der Kammerangehörigen obliegt. Nachdem vorliegendes Gesetzentwurf besteht eine Auskunftspflicht der Kammern gegenüber Jedermann. Die Mitglieder der Vorstände der freiberuflichen Kammern unterliegen über Angelegenheiten, die ihnen bei ihrer Tätigkeit in der berufsständischen Selbstverwaltung über die Kammermitglieder und anderen Personen bekannt werden, dem Verschwiegenheitsgebot gegenüber Jedermann (vgl. nur §76 Abs. 1 BRAO oder §83 StBerG). Ohne dass die Kammermitglieder darauf vertrauen können, dass die jeweiligen Mitglieder des Vorstandes vertraulich mit den ihnen im Rahmen ihrer Amtsausübung bekanntgewordenen Angelegenheiten umgehen, wäre eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung im Rahmen der Selbstverwaltung nicht möglich.

Im Rahmen des anstehenden Gesetzgebungsvorhabens muss deshalb eine sorgfältige Abwägung stattfinden zwischen den Interessen eines Auskunftsanspruches von Jedermann gegenüber den freiberuflichen Kammern einerseits und dem Interesse einer Schweigepflicht der Vorstandsmitglieder zur Erfüllung der ihnen übertragenden Aufgaben andererseits. Bei Abwägung dieses Interessenskonfliktes gilt es auch zu beachten, dass die Kammern der Freiberufler ausschließlich **mitgliedbezogene** Aufgaben erfüllen; ein allumfassender

Auskunftsanspruch von Jedermann erscheint schon unter diesen Aspekten nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

Die in §82 aufgeführten einzelfallbezogenen Ausnahmetatbestände sind unspezifisch und treffen den Kernbereich des Tätigkeitsbereichs der freiberuflichen Kammern nicht. Ihre Anwendung ist deshalb – je nach Sachbearbeiter – interpretationsfähig. Dass der Gesetzgeber diesen Zielkonflikt sehr wohl wahrgenommen hat, ergibt sich aus dem Gesetzentwurf selbst; nimmt er doch die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern aus dem Bereich des Informationsrechtes aus (§81 Abs. 2 Nr. 3). In der Gesetzesbegründung (Seite 150/151) ist dazu folgendes ausgeführt: „Auch die Industrie- und Handels- und Handwerkskammern sind wegen ihrer besonderen Aufgabenstellung im Bereich der berufsständischen Selbstverwaltung vom Anwendungsbereich des allgemeinen Auskunftsanspruches ausgenommen. Die im Prüfprogramm der §§82 bis 84 HDSIG-E vorgesehenen Schutztatbestände u.a. zur Wahrung allgemeiner Persönlichkeitsrechte, von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen, vertraulicher Beratungsprozesse oder für Prüfungsangelegenheiten vermitteln zwar auch für die Aufgabenerfüllung der Industrie- und Handels- und Handwerkskammern einschlägige einzelfallbezogene oder generelle Lösungen zum Ausgleich zwischen berechtigten Schutzinteressen und Auskunftsansprüchen, rechtfertigen aber bei einer Gesamtbetrachtung der Geschäftsvorgänge auch eine eigenständige Bereichsausnahme. Die Regelung dient damit angesichts der großen Bandbreite der von den Kammern wahrgenommenen Aufgaben der gebotenen Verwaltungsvereinfachung und trägt zur effektiven Erfüllung der diesen Selbstverwaltungsorganisationen vorbehaltenen oder ihnen vom Staat übertragenen Aufgaben bei.“ Diese vom Gesetzgeber durchaus erkannten Aspekte treffen nicht nur auch, sondern in besonderem Maße auf die Kammern der Freien Berufe zu, weil diese noch in viel stärkerem Maße als die Industrie- und Handels- und Handwerkskammern mit persönlichsten Daten ihrer Kammermitglieder im Rahmen ihrer Berufsaufsicht umgehen müssen.

Der VFBH fordert deshalb mit aller Dringlichkeit, auch für die Kammern der Freien Berufe und ihre Versorgungswerken die in gleicher Weise betroffen sind, eine Bereichsausnahme vorzusehen, wie sie auch im Transparenzgesetz des Landes Rheinland-Pfalz und dem Landesinformationsfreiheitsgesetz des Landes Baden-Württemberg aufgenommen worden ist. Diese Bereichsausnahme könnte wie folgt geregelt werden:

In §81 wird in Abs. 2 folgende Nr. 5 eingefügt:

5. Die Kammern der Freien Berufe und ihre Versorgungseinrichtungen.

Gerne sind wir bereit, unsere Argumente auch noch einmal in der Anhörung des Innenausschusses am 15.03.18 mündlich zu erläutern, an der Frau Dr. Portz, Vizepräsidentin, und ich teilnehmen werden.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. iur. Karin Hahne



Vorab per E-Mail ([u.lindemann@ltg.hessen.de](mailto:u.lindemann@ltg.hessen.de))

Hessischer Landtag  
Vorsitzenden des Innenausschusses  
Herrn Horst Klee  
Schlossplatz 1-3  
65183 Wiesbaden

Hessischer Rundfunk  
Anstalt des öffentlichen Rechts

Postfach  
60222 Frankfurt am Main  
Bertramstraße 8  
60320 Frankfurt am Main  
Telefon 069 155-2213  
E-Mail: [intendanz@hr.de](mailto:intendanz@hr.de)  
[www.hr.de](http://www.hr.de)

Intendanz

13. März 2018

Anhörung zu dem

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein  
Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen Datenschutzrechts an die  
Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680  
und zur Informationsfreiheit – Drucksache [19/5728](#) –

hier: Stellungnahme des Hessischen Rundfunks

Sehr geehrter Herr Klee,

anbei übersende ich Ihnen die Stellungnahme des Hessischen Rundfunks zu dem  
oben genannten Gesetzentwurf. Frau Dr. Hütt (Juristische Direktorin des hr) und  
Herr Dr. Janich (Bereichsleiter Recht des hr) stehen Ihnen für Fragen gerne zur  
Verfügung.

Herr Dr. Janich wird als Gast an der Anhörung am 15.03.2018 teilnehmen.

Mit freundlichen Grüßen

  
Manfred Krupp  
- Intendant -

Anlage

# Stellungnahme des Hessischen Rundfunks zum Gesetzentwurf für ein Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz

---

Der Hessische Rundfunk dankt für die Möglichkeit, schriftlich zum Gesetzesentwurf für ein Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (HDSIG-E) Stellung nehmen zu können.

In dem Gesetzentwurf sind im Vierten Teil umfangreiche Regelungen zur Informationsfreiheit enthalten. Deren Zielsetzung, für ein Mehr an Transparenz zu sorgen und so staatliches Handeln für Bürgerinnen und Bürger nachvollziehbarer zu machen, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Allerdings kann die Einbeziehung des Hessischen Rundfunks in den Kreis der auskunftsverpflichteten Stellen in der vorgesehenen Form mit Blick auf die Rundfunkfreiheit keinen Bestand haben. Daher empfehlen wir, die Anwendbarkeit der Vorschriften des Vierten Teils auf den Hessischen Rundfunk unter einen Satzungsvorbehalt zu stellen (I.) oder zumindest den Anwendungsbereich in Bezug auf den Hessischen Rundfunk zu präzisieren (II.).

## I. Anwendung unter Satzungsvorbehalt

Der Hessische Rundfunk hat als Träger der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG den verfassungsrechtlichen Auftrag, als Medium und Faktor öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und muss daher vom Staat unabhängig sein. Seine Organisationform muss, wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung ausdrücklich betont, dem Gebot der Staatsferne genügen. Deshalb sind die Rundfunkanstalten gerade nicht in die allgemeine staatliche Aufgabenwahrnehmung eingebunden.

Wegen dieser Sonderstellung außerhalb der Verwaltungshierarchie sind die Rundfunkanstalten in Thüringen sogar gänzlich aus dem Anwendungsbereich des dortigen Informationsfreiheitsgesetzes ausgenommen. Mit dieser Ausnahme „soll der besondere Schutz der journalistisch-redaktionellen Tätigkeit als Ausdruck der Rundfunkfreiheit betont werden“, heißt es in der Begründung des Gesetzentwurfs (LT-Drs. 5/4986, S. 16).

Um der autonomen Stellung der Rundfunkanstalten gerecht zu werden, lassen sich neben einem solch apodiktischen Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Informationsanspruchs auch andere Lösungsansätze finden. Sachgerecht wäre aus

unserer Sicht eine Regelung, durch die der Informationsanspruch bezogen auf den Hessischen Rundfunk unter einen Satzungsvorbehalt gestellt wird.

Hierdurch würde für den Hessischen Rundfunk die gleiche Rechtslage geschaffen, die der Gesetzentwurf auch für die Kommunen vorsieht. Nach § 81 Abs. 1 Nr. 6 HDSIG-E können die Kommunen durch Satzung entscheiden, ob sie sich den Regelungen zum Informationszugang unterwerfen. Begründet wird dies mit den Erfahrungen der anderen Länder mit Gesetzen zum Informationszugang. Diese hätten gezeigt, dass die weit überwiegende Zahl der Informationensersuchen an kommunale Stellen gerichtet worden sei. Offenkundig besteht also gerade in diesem Bereich ein gesteigertes Interesse der Bürgerinnen und Bürger an entsprechenden Informationen. Durch die Wahlfreiheit trägt der Gesetzesentwurf der kommunalen Selbstverwaltung Rechnung und berücksichtigt insbesondere die finanzielle Belastung der Kommunen durch die Gewährung des Informationszugangs.

Dass auch dem Hessischen Rundfunk durch die Bearbeitung der Anträge auf Informationszugang ein ganz erheblicher personeller und finanzieller Aufwand entstehen würde, lässt der Entwurf hingegen vollkommen unberücksichtigt. Ob der Hessische Rundfunk, wie die Landesbehörden, für die Bearbeitung der Anträge Gebühren erheben dürfte, bleibt offen; jedenfalls würden diese Gebühren, so ausdrücklich die Gesetzesbegründung, nur einen Teil der anfallenden Kosten ausgleichen. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der Rundfunkbeitrag trotz steigender Preise seit 2009 nicht angehoben, sondern zuletzt sogar gesenkt wurde. Ferner erheben die Länder im Rahmen des Strukturreformprozesses die Forderung an die Rundfunkanstalten, weitere Einsparmöglichkeiten zu ermitteln, um eine Erhöhung des Beitrags so stark wie möglich zu begrenzen. Dieser Zielsetzung könnte die Übertragung weiterer arbeitsintensiver Aufgaben durch das HDSIG letztlich zuwider laufen.

All dies spricht dafür, dem Hessischen Rundfunk (wie auch den Kommunen) die Möglichkeit zu eröffnen, im Rahmen seiner Satzungsautonomie eigene Regelungen über Auskunftersuchen zu treffen.

Eine entsprechende Regelung (§ 81 Abs. 1 Nr. 7 HDSIG-E) könnte lauten:

**.....den Hessischen Rundfunk, soweit die Anwendung des Vierten Teils dieses Gesetzes durch die Satzung über die betriebliche Ordnung (§ 1 Abs. 2 S. 2 hr-Gesetz) ausdrücklich bestimmt wird.“**

## II. Hilfsweise: Präzisierung des Anwendungsbereichs

Sollte dieser Vorschlag nicht weiter verfolgt werden, müsste zumindest aber eine Präzisierung des Anwendungsbereichs erfolgen, die den Erfordernissen der Rundfunkfreiheit hinreichend Rechnung trägt.

Der Gesetzentwurf regelt in § 1 Abs. 4 in Bezug auf den Hessischen Rundfunk:

„Die Vorschriften dieses Gesetzes, ausgenommen § 28, finden keine Anwendung, soweit der Hessische Rundfunk personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeitet.“

Diese Ausnahmevorschrift ist zwar im Ersten Teil („Gemeinsame Bestimmungen“) verortet und hat somit den Anwendungsbereich des gesamten HDSIG-E zum Gegenstand. Sie nimmt den Hessischen Rundfunk jedoch nur insoweit aus, als dieser *personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeitet*. Damit ist dem Wortlaut nach nicht der gesamte journalistisch-redaktionelle Bereich vom Auskunftsanspruch ausgenommen. Die Einschränkung bezieht sich vielmehr nur auf personenbezogene Informationen. Alle anderen Informationen, die nicht personenbezogen sind, müssten dem Wortlaut nach hingegen grundsätzlich herausgegeben werden. Die abweichende Lesart in der Begründung des Gesetzentwurfs (Anwendung auf den Hessischen Rundfunk „nur außerhalb des Bereichs journalistisch-redaktioneller Tätigkeit“) findet im Gesetzeswortlaut leider keinerlei Anhaltspunkte.

Damit steht die Regelung im klaren Widerspruch zum verfassungsrechtlich geschützten Redaktionsgeheimnis. Hierunter fallen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „nicht nur Unterlagen eigener journalistischer Recherche und redaktionelles Datenmaterial einschließlich der im Zuge journalistischer Recherche hergestellten Kontakte, sondern auch organisationsbezogene Unterlagen eines Presse- oder Rundfunkunternehmens, aus denen sich redaktionelle Arbeitsabläufe, redaktionelle Projekte oder auch die Identität der Mitarbeiter einer Redaktion ergeben“ (vgl. nur BVerfG NJW 2011, 1859, 1860). Dieser Schutz gilt für „alle Phasen der Entstehung und Vorbereitung des Programms bis zur Verbreitung der Nachricht und Meinung und damit alle Tätigkeiten und Verhaltensweisen, die zur Gewinnung und rundfunkspezifischen Verbreitung von Nachrichten und Meinungen im weitesten Sinne gehören“ (vgl. BVerfGE 91, 125, 134 f.; 103, 44, 59; 119, 309, 318). Das Bundesverfassungsgericht differenziert beim Redaktionsgeheimnis also (anders als der Wortlaut des Gesetzentwurfs) gerade nicht zwischen personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten.

Doch selbst bei einer entsprechenden Präzisierung des Regelungsentwurfs bestehen erhebliche Bedenken, ob sich im Einzelfall eine trennscharfe und damit rechtssichere Abgrenzung zwischen Informationen im Zusammenhang mit journalistisch-redaktionellen Tätigkeiten einerseits und Vorgängen, die nicht dem journalistisch-redaktionellen Bereich andererseits zuzuordnen sind, finden lässt. Zahlreiche Vorgänge, die zwar auf den ersten Blick nicht als journalistisch-redaktionell einzustufen sind, wie beispielsweise die Abrechnung von Reisekosten, dienen gleichwohl der journalistischen Tätigkeit, lassen Rückschlüsse auf

Recherchetätigkeiten zu und stehen daher in untrennbarem Zusammenhang mit der grundrechtlich geschützten Tätigkeit.

Zudem stehen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten im Rahmen ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung durch kommerzielle Tochterunternehmen, aber nach jüngster von den Rundfunkanstalten kritisierter Rechtsprechung auch in Bereichen, die klar dem rundfunkrechtlichen Versorgungsauftrag angehören, untereinander und mit Blick auf private Rundfunkveranstalter im Wettbewerb. Wenn aber kartellrechtlich ein Informationsaustausch untersagt ist, um eine unzulässige Verhaltenskoordinierung zu verhindern, kann nicht gleichzeitig die Gewährung von Informationen auf Grundlage des HDSIG-E geboten sein. In diesem Sinn ist auch § 2 Abs. 2 HDSIG-E zu verstehen, der öffentlich-rechtliche Unternehmen, soweit sie am Wettbewerb teilnehmen, als nicht-öffentlich einstuft. Somit ergeben sich weitere Bereiche, die nach dem Willen des Gesetzgebers einem Informationszugangsanspruch entzogen sind, jedoch kaum lösbare Abgrenzungsprobleme mit sich bringen.

Um der Rundfunkfreiheit hinreichend Rechnung zu tragen und ein klares Abgrenzungskriterium zu schaffen, sollte sich der Anwendungsbereich daher ausdrücklich auf die Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben beschränken. Allenfalls in diesen Bereichen, darunter der Beitragseinzug und die Vergabe von Wahlsendezeiten an politische Parteien, kann eine annähernd vergleichbare Interessenlage mit den übrigen Anspruchsverpflichteten angenommen werden.

Eine solche Regelung zum Anwendungsbereich (§ 81 Absatz 1 Nr. 7) könnte lauten:

**.....den Hessischen Rundfunk, soweit er hoheitliche Aufgaben wahrnimmt.“**



Goethe-Universität Frankfurt am Main  
Prof. Dr. I. Spiecker gen. Döhmann

Hessischer Landtag  
Vorsitzender des Innenausschusses  
Herrn Horst Klee, MdL  
Postfach 32 40  
65022 Wiesbaden

Professur für Öffentliches Recht,  
Informationsrecht, Umweltrecht und  
Verwaltungswissenschaft  
Forschungsstelle Datenschutz

Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmann, LL.M.

Telefon +49 (0)69 798 34269  
Telefax +49 (0)69 798 34510

Frankfurt, den 13.03.2018

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit – Drucks. 19/5728**

Sehr geehrter Herr Klee,

ich bedanke mich für die Ehre und das Vertrauen des Hessischen Landtags, zum o.g. Gesetzentwurf Stellung zu nehmen. Meine Stellungnahme finden Sie anbei.

Angesichts der Vielfalt der Regelungen beschränke ich mich im Wesentlichen auf Anmerkungen zur Neuregelung des Hessischen Datenschutzgesetzes.

Mit freundlichen Grüßen,

Prof. Dr. I. Spiecker gen. Döhmann, LL.M.

**Stellungnahme**  
zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS90/DIE  
GRÜNEN für ein Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen  
Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr 2016/679 und zur  
Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur  
Informationsfreiheit – Drucks. 19/5728

Prof. Dr. Indra Spiecker genannt Döhmann, LL.M. unter Mitarbeiter von Jubin Dejam,  
Goethe Universität Frankfurt a.M.  
Forschungsstelle Datenschutz

I. Einleitung .....	3
II. Grundlagen: Unionsrechtliche Bindungen .....	4
1. DSGVO .....	4
2. JI-Richtlinie .....	9
III. Rechtliche Würdigung ausgewählter Vorschriften des HDSIG-E mit Bezug zur DSGVO <sup>10</sup>	
1. § 1 HDSIG-E .....	10
2. § 3 HDSIG-E .....	11
3. § 4 HDSIG-E - Videoüberwachung öffentlicher Räume .....	12
a) § 4 Abs. 1 HDSIG-E .....	12
1) § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E .....	14
2) § 4 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E .....	15
3) § 4 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E .....	15
b) § 4 Abs. 2 HDSIG-E .....	16
c) § 4 Abs. 3 HDSIG-E .....	18
d) § 4 Abs. 4 HDSIG-E .....	18
4. § 20 HDSIG-E .....	19
a) § 20 Abs. 1 HDSIG-E .....	19
b) § 20 Abs. 2 HDSIG-E .....	21
5. § 21 HDSIG-E .....	21
a) § 21 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E .....	22
b) § 21 Abs. 1 Nr. 2, 5 HDSIG-E .....	23
c) § 21 Abs. 1 Nr. 4 HDSIG-E .....	23
d) § 21 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E .....	23
6. § 22 HDSIG-E .....	24
a) § 22 Abs. 1 HDSIG-E .....	24
b) § 22 Abs. 2 HDSIG-E .....	24
1) § 22 Abs. 2 Nr. 2 HDSIG-E .....	24
2) § 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E .....	25

7. § 24 HDSIG-E.....	26
8. § 31 HDSIG-E.....	26
a) § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) HDSIG-E .....	27
b) § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 e) HDSIG-E .....	27
9. § 32 HDSIG-E.....	28
10. § 33 HDSIG-E.....	28
11. § 34 HDSIG-E.....	29
a) Fehlende Zielvorgabe des § 34 Abs. 1 HDSIG-E.....	29
b) Fehlende Begriffsbestimmung „nicht-automatisierter Datenverarbeitung“ .....	30
12. § 35 HDSIG-E.....	31
a) § 35 Var. 1 HDSIG-E.....	31
b) § 35 Var. 2 HDSIG-E.....	31
IV. Rechtliche Würdigung ausgewählter Vorschriften des HDSIG-E mit Bezug zur JI-Richtlinie .....	33
1. § 41 HDSIG-E.....	33
2. § 44 HDSIG-E.....	34
3. § 46 HDSIG-E.....	35
4. § 52 HDSIG-E.....	36
a) § 52 Abs. 2 HDSIG-E.....	36
b) § 52 Abs. 3 HDSIG-E.....	37
5. § 60 HDSIG-E.....	37
V. Zusammenfassung .....	38
1. Zur DSGVO .....	38
2. Zur JI-Richtlinie.....	40

### *I. Einleitung*

Hessen kann sich rühmen, schon im Jahr 1970 weltweit das erste Datenschutzgesetz normiert zu haben, und zwar ein umfassendes, nicht allein für Teilbereiche oder spezifische Sektoren.<sup>1</sup> In dieser besonderen Tradition steht der gegenwärtige hessische Gesetzgeber, wenn er mit dem HDSIG-E nunmehr eine wesentliche Reform des Landesdatenschutzrechts vornimmt, um dieses an die europäische Gesetzgebung anzuleichen und unionsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen.

Der HDSIG-E verfolgt das Ziel, das Hessische Datenschutzgesetz an die Vorschriften der DSGVO<sup>2</sup> anzupassen und zugleich die JI-Richtlinie<sup>3</sup> in mitgliedstaatliches Recht umzusetzen. Dabei unterliegt der mitgliedstaatliche – im föderalen Staatsgebilde der Bundesrepublik also auch der Landes- – Gesetzgeber besonderen unionsrechtlichen Bindungen bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung. Diese besonderen unionsrechtlichen Bindungen, die im Regelungsbereich europäischer Verordnungen andere sind als im Regelungsbereich europäischer Richtlinien, sollen im Folgenden

<sup>1</sup> Simitis, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage 2014, Einleitung Rn. 1.

<sup>2</sup> Verordnung (EU) Nr. 2016/679.

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) Nr. 2016/680.

zunächst grundsätzlich beleuchtet werden (II.), bevor ausgewählte Vorschriften des HDSIG-E mit Bezug zur DSGVO (III.) und solche mit Bezug zur JI-RL (IV.) daraufhin erörtert werden, ob sie den entsprechenden – insbesondere unionsrechtlichen, aber auch dem nationalen Verfassungsrecht zu entnehmenden – Vorgaben genügen. Die Stellungnahme schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (IV.).

Die einzelnen Normen werden jeweils anhand europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Maßstäbe einer – in diesem Rahmen nur kursorisch möglichen – Untersuchung unterzogen; es werden für jede Vorschrift – *kursiv gesetzt* – bei Bedenken konkrete Veränderungsvorschläge unterbreitet; eine Zusammenfassung dieser Vorschläge findet sich zum Ende der Stellungnahme.

## II. Grundlagen: Unionsrechtliche Bindungen

### 1. DSGVO

Die DSGVO gilt im Grundsatz für jede Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Ausnahmen gelten für solche Verarbeitungen personenbezogener Daten, die sich außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts vollziehen (Art. 2 Abs. 2 lit. a DSGVO), die der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Union (Art. 2 Abs. 2 lit. b DSGVO) zuzurechnen sind oder die durch natürliche Personen in Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten erfolgen (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO). Ferner werden jene Datenverarbeitungsvorgänge nicht von der DSGVO regelnd erfasst, die von Behörden zu Zwecken der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung durchgeführt werden (Art. 2 Abs. 2 lit. d) DSGVO). Letztere Datenverarbeitungsvorgänge regelt stattdessen die JI-Richtlinie.

Trotz der ungewöhnlichen Bezeichnung als *Grundverordnung* ist die DSGVO eine europäische Verordnung im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV und nicht etwa ein abstrakt genereller Rechtsakt *sui generis*, der Elemente der unionsrechtlichen Handlungsformen Verordnung und Richtlinie in sich vereint.<sup>4</sup> Verordnungen haben nach Art. 288 AEUV allgemeine Geltung, sind in allen ihren Teilen – nicht nur hinsichtlich ihrer Ziele – verbindlich und gelten unmittelbar in allen Mitgliedstaaten. Sie dienen der Vereinheitlichung des europäischen Rechts und gehen insoweit über das Harmonisierungsziel einer Richtlinie deutlich hinaus. Damit bedürfen Verordnungen nicht nur keines mitgliedstaatlichen Umsetzungsaktes, mitgliedstaatliche Umsetzungsakte sind sogar in der Regel unzulässig.<sup>5</sup>

Mitgliedstaatliche Regelungen im Regelungsbereich einer Verordnung tragen damit grundsätzlich die Vermutung der Unzulässigkeit in sich. Dieses Verdikt trifft insbesondere Normwiederholungen und verbindliche Auslegungsregeln<sup>6</sup>, aber im Grundsatz auch – wegen ihrer unmittelbaren Geltung – jeden mitgliedstaatlichen Rechtssetzungsakt innerhalb des Regelungsbereichs der Verordnung. Schon früh hat der EuGH jede nationale Rechtssetzung grundsätzlich für unzulässig erklärt, die den Inhalt einer

<sup>4</sup> Kühling/Martini, Die DSGVO: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, 448, 449, sprechen wegen der geringen Regelungsdichte und den zahlreichen Öffnungsklauseln von einem „faktischen Handlungsformenhybrid“ aus Verordnung und Richtlinie.

<sup>5</sup> Schroeder, in: Streinz AEUV Art. 288 Rn. 58

<sup>6</sup> Ruffert, in: Callies/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 20

Verordnung lediglich wiederholt.<sup>7</sup> Der EuGH begründete dieses grundsätzliche Normwiederholungsverbot damit, dass hierdurch Unsicherheiten über die Rechtsnatur der anwendbaren Vorschriften und den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens hervorgerufen würden.<sup>8</sup> Es entstünde der Eindruck, dass der unmittelbaren Geltung Hindernisse im Weg stünden, wodurch „deren gleichzeitige und einheitliche Anwendung in der gesamten Gemeinschaft aufs Spiel gesetzt“ würde.<sup>9</sup> Normwiederholungen stellen zudem das Auslegungsmonopol des EuGH in Frage.<sup>10</sup> Ausnahmen formulierte der EuGH nur für solche Konstellationen, die durch das Zusammenspiel verschiedener regionaler, nationaler und europäischer Rechtsebene eine komplexe Rechtslage erzeugen.<sup>11</sup> In einem solchen Fall sei es ausnahmsweise zulässig, „im Interesse ihres inneren Zusammenhangs und ihrer Verständlichkeit für die Adressaten bestimmte Punkte der Gemeinschaftsverordnungen [zu] wiederholen“.<sup>12, 13</sup> Die bloße Ankündigung der Achtung der unmittelbaren Geltung der DSGVO im Normtext einer mitgliedstaatlichen Regelung und die Ankündigung bloß punktueller Normwiederholung können keine Auswirkungen auf den Umfang zulässiger Normwiederholung haben.<sup>14</sup>

Eigenständige, also nicht bloß normwiederholende, mitgliedstaatliche Regelungen im Regelungsbereich der Verordnung sind also nur und nur insoweit zulässig, wie die Verordnung solche mitgliedstaatlichen Regelungen ausdrücklich vorsieht und die Mitgliedstaaten damit explizit zu solchen Regelungen ermächtigt.<sup>15</sup> Daher genügt die bloße Unvollständigkeit oder die aus nationalstaatlicher Perspektive unzureichende Bestimmtheit von Normen auf europäischer Ebene nicht, um konkretisierende mitgliedstaatliche Regelungen zu treffen. Vielmehr bedarf es einer ausdrücklichen Delegation der Konkretisierung an die Mitgliedstaaten. Anders als im Falle mindestharmonisierender Richtlinien sind auch keine generellen mitgliedstaatlichen Befugnisse zu strengerer Regelung durch mitgliedstaatliches Recht anzuerkennen.

<sup>7</sup> Benecke/Wagner, Öffnungsklauseln in der DSGVO und das deutsche BDSG – Grenzen und Gestaltungsspielräume für ein nationales Datenschutzrecht, DVBl 2016, 600, 604; EuGH, Urt. v. 07.02.1973, Rs. 39/72, KOM/Italien, Rn. 17.

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 07.02.1973, Rs. 39/72, KOM/Italien, Rn. 17; EuGH, Urt. v. 28.03.1985, Rs. 272/83, KOM/Italien wg. Landwirtschaftlichen Erzeugergemeinschaften, Rn. 26; zustimmend: Schroeder, in: Streinz, AEUV, Art. 288, Rn. 58.

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 07.02.1973, Rs. 39/72, KOM/Italien, Rn. 17.

<sup>10</sup> Schroeder, in: Streinz, AEUV, Art. 288, Rn. 58.

<sup>11</sup> EuGH, Urt. v. 28.03.1985, Rs. 272/83, KOM/Italien wg. Landwirtschaftlichen Erzeugergemeinschaften, Rn. 27.

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 28.03.1985, Rs. 272/83, KOM/Italien wg. Landwirtschaftlichen Erzeugergemeinschaften, Rn. 27.

<sup>13</sup> Benecke/Wagner, Öffnungsklauseln in der DSGVO und das deutsche BDSG – Grenzen und Gestaltungsspielräume für ein nationales Datenschutzrecht, DVBl 2016, 600, 605, m.w.N.

<sup>14</sup> Insofern ist die Bekräftigung unmittelbarer Geltung der DSGVO und der Wille zu sparsamem Einsatz von Normwiederholungen ausschließlich aus Gründen der Kohärenz und Verständlichkeit im Mehrebenensystem durch den Landesgesetzgeber in § 1 Abs. 5 HDSIG-E zwar begrüßenswert, aber letztlich ohne Einfluss auf die materielle Beurteilung zulässiger Normwiederholung.

<sup>15</sup> Wenngleich die unmittelbare Geltung europäischer Verordnungen wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Grundsatz genuin mitgliedstaatliche Rechtssetzung im Regelungsbereich der Verordnung untersagt, können in der Verordnung durch den Verordnungsgeber „Ermächtigungen“ der Mitgliedstaaten zu „Durchführungsmaßnahmen“ vorgesehen werden, EuGH, Urt. v. 27.09.1979, Rs. 230/78, Eridania Zuccherifici, Rn. 34; EuGH, Urt. v. 11.11.1992, Teulie, Rs. 251/91, Rn. 13.

Solche Ermächtigungen der Union zum Erlass von Durchführungs- und Umsetzungsakten durch die Mitgliedstaaten sind in der DSGVO zahlreich zu finden.<sup>16</sup> Gleichwohl darf auch ihre große Anzahl nicht zu dem Schluss verleiten, dass der Verordnungsgeber die Konkretisierung grundsätzlich den Mitgliedstaaten überantworten wollte und die Mitgliedstaaten damit auch in Zweifelsfällen oder bei unzureichendem Konkretisierungsgrad der Verordnung dazu aufgefordert seien, eigene Regelungen zu treffen. Vielmehr ist im Grundsatz von einer umfassenden, vollständigen und weder konkretisierungs- noch ergänzungsbedürftigen Regelung auf Ebene der DSGVO auszugehen<sup>17</sup>, zu der mitgliedstaatliche Maßnahmen den Ausnahmefall bilden: Ausgestaltungsermächtigungen zugunsten der Mitgliedstaaten sind damit restriktiv zu verstehen.

Daher sind zum einen bloße Normwiederholungen nur sehr sparsam einzusetzen; im Grundsatz gilt ein „Wiederholungsverbot“.<sup>18</sup> In diesem Sinne lässt der Verordnungsgeber Normwiederholungen im mitgliedstaatlichen Recht nur dann zu („[...] können die Mitgliedstaaten Teile dieser Verordnung in ihr mitgliedstaatliches Recht aufnehmen [...]“<sup>19a</sup>), „wenn“ die Mitgliedstaaten zu „Präzisierungen“ und „Einschränkungen“ der Vorschriften der Verordnung ermächtigt sind, mithin nur im unmittelbaren Zusammenhang mit Öffnungsklauseln<sup>20</sup>. Außerdem bestehen inhaltliche Beschränkungen, da Normwiederholungen – wenn sie dem Grunde nach gestattet sind – nur insoweit zulässig sind, als ihre Wiederholung „erforderlich“ ist, um die „Kohärenz“ zu wahren und die nationalen Vorschriften für die Personen, für die sie gelten, „verständlicher zu machen“.<sup>21</sup> Aus dieser Einschränkung in ErwGr 8 DSGVO scheinen diejenigen Voraussetzungen eines Abweichens vom Grundsatz des Wiederholungsverbots durch, die der EuGH ursprünglich formuliert hatte.<sup>22</sup> Diese Vorgaben werden zugleich insoweit verschärft, als nicht die bloße Komplexität und Vielschichtigkeit von Regelungsebenen genügen soll, sondern nur aus Anlass solcher eigenständiger mitgliedstaatlicher Regelungen, die die Vorgaben der Verordnung auch tatsächlich präzisieren oder einschränken und nicht schon dann, wenn der mitgliedstaatliche Gesetzgeber von den Öffnungsklauseln selbst nur wiederholend Gebrauch macht. Denn nach ErwGr. 8 können die Mitgliedstaaten jedenfalls dann Teile der Verordnung in ihr nationales Recht aufnehmen, wenn sie damit sicherstellen, dass die Kohärenz der Regelungen insgesamt gewahrt und die nationalen Rechtsvorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher gemacht werden sollen.

Zum zweiten enthält ErwGr 8 – ganz im Sinne der vorangestellten Ausführungen – auch beschränkende Vorgaben zur Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten, soweit diese vorgesehen ist. Hiernach geht der Verordnungsgeber davon aus, dass die Mitgliedstaaten im Grundsatz nur zu „Einschränkungen“ und „Präzisierungen“ der Vorschriften der Verordnung ermächtigt seien. Damit statuiert der Verordnungsgeber im Vergleich zum

<sup>16</sup> Siehe dazu nur Benecke/Wagner, Öffnungsklauseln in der DSGVO und das deutsche BDSG – Grenzen und Gestaltungsspielräume für ein nationales Datenschutzrecht, DVBl 2016, 600.

<sup>17</sup> Auch wenn hieran angesichts der Offenheit und Unbestimmtheit der Ordnungsregelungen offen gezweifelt werden darf.

<sup>18</sup> Frenzel, in: Paal/Pauly, BDSG § 4 Rn. 5, 6, beck-online.

<sup>19</sup> ErwGr 8 DSGVO.

<sup>20</sup> Benecke/Wagner, Öffnungsklauseln in der DSGVO und das deutsche BDSG – Grenzen und Gestaltungsspielräume für ein nationales Datenschutzrecht, DVBl 2016, 600, 608.

<sup>21</sup> ErwGr 8 DSGVO.

<sup>22</sup> Benecke/Wagner, Öffnungsklauseln in der DSGVO und das deutsche BDSG – Grenzen und Gestaltungsspielräume für ein nationales Datenschutzrecht, DVBl 2016, 600, 607.

Verordnungstext höhere Anforderungen an die Regelungsdichte, soweit mitgliedstaatliche Regelungen erlassen werden. Mitgliedstaatliche Regelungen dürfen also hinsichtlich der Regelungsdichte weder hinter der Regelungsdichte der Verordnung zurückbleiben noch (nur) die gleiche Regelungsdichte aufweisen. Damit sind etwa solche mitgliedstaatlichen Regelungen unzulässig, die unbestimmte Rechtsbegriffe der Verordnung lediglich wiederholend in mitgliedstaatliches Recht überführen, nicht jedoch hierbei weiter – wie von der Verordnung in der Öffnungsklausel vorsehen – präzisieren.<sup>23</sup>

Dass mitgliedstaatliche Ausgestaltungen grundsätzlich eine die Verordnungsvorgaben übersteigende Regelungsdichte aufweisen müssen, mag auf den ersten Blick fraglich erscheinen, da der Ordnungsgeber der DSGVO Öffnungsklauseln unterschiedlicher Qualität und Reichweite geschaffen hat. Teilweise findet sich im Wortlaut des Verordnungstexts die Vorgabe einer spezifischeren Ausgestaltung<sup>24</sup>, in anderen Fällen sind mitgliedstaatliche „Beschränkungen“ möglich, die nicht zugleich spezifisch sein müssen<sup>25</sup>, in wiederum anderen Fällen ermöglicht der Ordnungsgeber nur „zusätzliche“, nicht zugleich spezifischere Regelungen<sup>26</sup>. Im Falle des Art. 6 Abs. 3 S. 3 DSGVO „kann“ die mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage „spezifischere Bestimmungen“ enthalten, im Umkehrschluss müsste sie es also nicht. Zum Teil kommen Regelungen einem Regelungsauftrag nahe, zum Teil kann ein ausreichend bestimmter und präzisierter Rechtszustand auch ohne weitere Konkretisierung oder Spezifizierung der Mitgliedstaaten angenommen werden. Allerdings erwecken bloße Übernahmen des Verordnungstextes in mitgliedstaatliches Recht ohne Präzisierung den Eindruck einer „kraft mitgliedstaatlicher Kompetenz formulierten Generalklausel, die die unmittelbar geltende Norm des Unionsrechts überlagert<sup>27</sup>“. Zudem erfordern Telos und Historie der DSGVO eine Erhöhung der Regelungsdichte des Verordnungstextes im Falle von Ausgestaltungen durch die Mitgliedstaaten.

Die vielen Öffnungsklauseln und die relative Offenheit und Unbestimmtheit der Normen der DSGVO ist jedenfalls zum Teil auch darauf zurückzuführen, dass nach den Vorstellungen des Kommissionsentwurfs ursprünglich delegierte Rechtsakte und Durchführungsbestimmungen der Kommission zu einer Konkretisierung führen sollten und damit das vergleichsweise geringe Maß an Regelungsdichte kompensiert werden sollte.<sup>28</sup> Diese zahlreich vorgesehenen Konkretisierungsmöglichkeiten der Kommission<sup>29</sup> sind letztlich Bedenken vertikaler Kompetenzverteilung und horizontaler Gewaltenteilung auf

<sup>23</sup> So exemplarisch für die Öffnungsklausel in Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO: Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 6 DSGVO, Rn. 33.

<sup>24</sup> So etwa in Art. 6 Abs. 3 DSGVO, Art. 9 Abs. 2 lit. g, i und j DSGVO; Art. 88 DSGVO.

<sup>25</sup> Insbesondere Art. 23 Abs. 1 DSGVO, der keine spezifische Beschränkung fordert, sondern an den nur allgemeine rechtsstaatliche Anforderungen gestellt werden, namentlich, dass die mitgliedstaatliche Regelung den „Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten achtet und in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt“; oder das Vorsehen „geeigneter“ Garantien durch die Mitgliedstaaten in Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO; zuletzt sei auf Art. 85 Abs. 1 und 2 DSGVO hingewiesen, wonach eine Regelungspflicht der Mitgliedstaaten vorgesehen ist („Die Mitgliedstaaten bringen [...] in Einklang“), die aber schon durch Regelungen erfüllt werden kann, die insoweit Beschränkungen vorsehen, die erforderlich sind, um das Recht auf Schutz personenbezogener Daten mit den Freiheiten zur Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang zu bringen.

<sup>26</sup> Art. 9 Abs. 4 DSGVO.

<sup>27</sup> Ernst, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 6 DSGVO, Rn. 33.

<sup>28</sup> Kühling/Martini, Die DSGVO: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, 448, 449.

<sup>29</sup> Siehe hierzu etwa die Aufzählung bei Schild/Tinnefeld, Datenschutz in der Union — Gelungene oder missglückte Gesetzentwürfe?, DuD 2012, Seite 312 316.

der europäischen Ebene zum Opfer gefallen und wurden weitgehend gestrichen.<sup>30</sup> Damit fielen Konkretisierungsmöglichkeiten der Kommission weg; die mit Blick auf diese Konkretisierungsmöglichkeiten zurückgenommene Regelungsdichte des Verordnungstextes blieb allerdings zum Teil erhalten.

Die geringe Regelungsdichte des Verordnungstextes zu erhöhen, ist nunmehr vor allem Aufgabe von mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden, dem neu institutionalisierten Europäischen Datenschutzausschuss und dem EuGH.<sup>31</sup> Der EuGH gibt jedenfalls in seiner neueren Entscheidungspraxis zu erkennen, dass er im Datenschutzrecht dem Bestimmtheitsgrundsatz und der hinreichenden Regelungsdichte datenschutzrechtlicher Normen in Zukunft größere Beachtung schenken wird.<sup>32</sup> Und die Aufgabe des Europäischen Datenschutzausschusses zum Erlass von Stellungnahmen und Leitlinien insbesondere aus Art. 70 DSGVO lässt erkennen, dass stärker als bisher unter der sog. Art.-29-Gruppe vereinheitlichende Auslegungshinweise von dieser Institution zu erwarten sind.

Neben EuGH und Aufsichtsbehörden sind allerdings auch die Mitgliedstaaten in besonderem Maße aufgefordert, die geringe Regelungsdichte der DSGVO im Rahmen der eigenen Regelungsbefugnisse – d.h. insbesondere bei der Ausgestaltung der Öffnungsklauseln – durch eine hohe Regelungsdichte und schärfere Präzisierung zu kompensieren. Gerade mit Blick auf die Ausgestaltung von Öffnungsklauseln im deutschen Recht erhält die unionale Pflicht zu regelungsdichter Ausgestaltung eine zusätzliche Verstärkung durch die bundesverfassungsgerichtliche Wesentlichkeitstheorie. Im Bereich der Öffnungsklauseln unterliegt der nationale Gesetzgeber insoweit sowohl den Anforderungen des europäischen Primärrechts, insbesondere also der Artt. 7 und 8 Grundrechte-Charta, als auch den Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts, insbesondere also den Vorstellungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Daher müssen mitgliedstaatliche Regelungen, zu denen sie durch Öffnungsklauseln des Verordnungsgebers ermächtigt werden, regelmäßig eine gewisse Gestaltungshöhe aufweisen, die die Regelungsdichte der Verordnung selbst übersteigt. Hierdurch werden nicht nur bloße Normwiederholungen weitgehend ausgeschlossen. Auch Paraphrasierungen und sinngemäße Übertragungen unbestimmter Rechtsbegriffe aus der DSGVO ohne weitere Konkretisierungsleistung sind grundsätzlich unzulässig.

Auch wenn die DSGVO eine Vielzahl von Öffnungsklauseln enthält und somit den Mitgliedstaaten Raum für eigenständige Regelungen gibt, ist doch zu beachten, dass die Regelungen der Mitgliedstaaten im Geiste der DSGVO zu erfolgen haben. Eine Regelung, die als Präzisierung wesentliche Grundgedanken des europäischen Gesetzgebers ignoriert, ins Gegenteil verkehrt oder einer anderen Deutung oder Abwägung unterzieht, wäre mit der DSGVO nicht mehr vereinbar. Das nationale Recht ist also nicht nur im Hinblick auf Wiederholungen und Regelungstiefe durch die DSGVO begrenzt, sondern zudem auch und in besonderer Weise durch die Ausrichtung.

In diesem Zusammenhang spielt eine besondere Rolle, dass die DSGVO, wie die ErwGr. 9 ff. kenntlich machen, vor allem die bestehenden Vollzugsdefizite der DSRL beheben

<sup>30</sup> Kühling/Martini, Die DSGVO: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, 448, 449.

<sup>31</sup> Kühling/Martini, Die DSGVO: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, 448, 449.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 08.04.2016, verbundene Rs. C-293/12 und C-594/12, Vorratsdatenspeicherung, Rn. 54, 60 ff.

und insoweit für eine einheitliche Rechtslage und vor allem auch eine einheitliche Rechtsdurchsetzung sorgen will. Besonderes Augenmerk wird daher auf die Rechte der betroffenen Personen einschließlich der Stärkung der Verpflichtung der Datenverarbeiter<sup>33</sup> sowie auf eine Stärkung der Aufsichtsbehörden<sup>34</sup> gelegt. Die Effektivität der Durchsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen ist ein wesentliches Merkmal der DSGVO; dies ist bei der Abfassung nationalstaatlicher Regelungen im Bereich der Öffnungsklauseln zu berücksichtigen.

## 2. *Jl-Richtlinie*

Der Gesetzesentwurf des HDSIG enthält neben der Anpassung des Landesdatenschutzrechts an die Vorgaben der DSGVO insbesondere in den §§ 40 bis einschließlich 79 HDSIG-E eine Umsetzung der nahezu zeitgleich mit der DSGVO erlassenen Jl-Richtlinie.

Im Vergleich zur DSGVO hat sich der europäische Gesetzgeber bei der Regelung der Datenverarbeitung zu Zwecken der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung einer anderen Handlungsform bedient, nämlich der Richtlinie im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV. Richtlinien i. S. d. Art. 288 Abs. 3 AEUV sind – anders als Verordnungen i. S. d. Art. 288 Abs. 2 AEUV – nur hinsichtlich ihrer Ziele, nicht jedoch in allen Teilen verbindlich. Sie haben aus sich heraus grundsätzlich keine unmittelbare Geltung<sup>35</sup>, sondern bedürfen eines Umsetzungsaktes in mitgliedstaatliches Recht, um unmittelbare Geltung zu entfalten. Dabei kommt den Mitgliedstaaten ein gewisser Umsetzungsspielraum zu, dessen Weite abhängig ist von dem durch die Richtlinie angestrebten Harmonisierungsniveau in den Mitgliedstaaten.

Mit der Jl-Richtlinie strebt der europäische Gesetzgeber, parallel zur DSGVO<sup>36</sup>, eine Mindestharmonisierung des Rechts der Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung an.<sup>37</sup> Damit sind die Mitgliedstaaten daran gehindert, das durch die Richtlinie angestrebte Schutzniveau nach unten hin zu unterschreiten, dürfen die Vorgaben der Richtlinie jedoch strenger umsetzen<sup>38</sup>, als der Richtlinienentwurf dies vorsieht, mithin die Vorgaben „nach oben durchbrechen“<sup>39</sup>.

Damit sind im Unterschied zur Verordnung Normwiederholungen nicht grundsätzlich unzulässig, sondern durchaus zulässig und für die unmittelbare Geltung der Richtlinie im mitgliedstaatlichem Recht zumeist konstitutiv. Sie tragen daher die Vermutung der

<sup>33</sup> Siehe ErwGr. 11 DSGVO.

<sup>34</sup> Siehe ErwGr. 117 ff. DSGVO.

<sup>35</sup> Von Sonderfällen nicht fristgerecht umgesetzter Richtlinien abgesehen; siehe hierzu Ruffert, in: Calliess/Ruffert AEUV, Art. 288 Rn. 47 ff. m.w.N.

<sup>36</sup> Siehe ErwGr. 19 DSGVO.

<sup>37</sup> Siehe insbesondere ErwGr. 15 Jl-RL sowie Art. 1 Abs. 3 Jl-RL; Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 92.

<sup>38</sup> Ausdrücklich: Art. 1 Abs. 3 Jl-RL.

<sup>39</sup> Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 92 mit Verweis auf die Stellungnahme des Juristischen Dienstes des Rates, Ratsdokument 15712/14, 18.11.2014; wengleich die Frage nach einem erhöhten bzw. abgesenkten Schutz im Datenschutzrecht, das sich stets als Kompromiss zwischen (berechtigten) Informationsinteressen (im Falle der Jl-Richtlinie in Form staatlicher Informationsinteressen) und Geheimhaltungsinteressen Betroffener darstellt, je nach Perspektive unterschiedlich ausfällt und kaum eindeutig beantwortet werden kann; siehe auch hierzu Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 92.

Zulässigkeit und Unionsrechtskonformität in sich. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume ergeben sich nicht nur dort, wo die Richtlinie eigenständige mitgliedstaatliche Regelungen ausdrücklich erlaubt, sondern sind grundsätzlich insoweit eröffnet, wie die mitgliedstaatlichen Regelungen zu keinem Absenken des Schutzniveaus genutzt werden. Bei der Umsetzung von Richtlinien in mitgliedstaatliches Recht kommt den Mitgliedstaaten damit ein weitreichender Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, dem das europäische Recht weniger strenge Grenzen setzt, als bei der Anpassung des mitgliedstaatlichen Rechts an europäische Verordnungen. Vorsicht ist vor allem dort geboten, wo Vorgaben der JI-Richtlinie durch mitgliedstaatliches Recht unterschritten werden; in dieser Hinsicht sind die Einschränkungen von Betroffenenrechten als besonders sensibel einzustufen.

Materiell-rechtlich ist – wie für die DSGVO auch – die generelle Ausrichtung der JI-Richtlinie zu beachten: Der nationale Umsetzungsgesetzgeber darf mit seiner Ausgestaltung die grundlegenden Wertungen der Richtlinie nicht konterkarieren, ignorieren oder mißachten. Auch hier ist der Rahmen sowohl des Primärrechts auf europäischer Seite, also insb. Artt. 7 und 8 Grundrechte-Charta, als auch des nationalen Verfassungsrechts, zu berücksichtigen.

### *III. Rechtliche Würdigung ausgewählter Vorschriften des HDSIG-E mit Bezug zur DSGVO*

#### **1. § 1 HDSIG-E**

Eröffnet die DSGVO mitgliedstaatliche Ausgestaltungs- und Konkretisierungsbefugnisse, trifft sie dennoch keine Aussage über die Kompetenzverteilung innerhalb der Mitgliedstaaten und damit darüber, wem die Rechte und Pflichten zu Ausgestaltung und Konkretisierung der DSGVO zukommen. Welchem Gesetzgeber die jeweils eröffneten Rechtsetzungsmöglichkeiten im Regelungsbereich der DSGVO innerhalb föderaler Staaten zukommen, bestimmt sich also allein nach der (inner-)mitgliedstaatlichen Kompetenzverteilung, in der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 70 ff. GG. Dabei verbleibt nach Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz im Grundsatz bei den Ländern, es sei denn, das Grundgesetz verleiht dem Bund die (ausschließliche oder konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz. Zum Datenschutzrecht schweigt der Kompetenzkatalog der Artt. 72 bis 74 GG. Daher ist die Kompetenzverteilung im Datenschutzrecht unübersichtlich und auch fast 50 Jahre nach dem ersten weltweiten Datenschutzgesetz in Hessen noch immer nicht endgültig geklärt.<sup>40</sup> Allerdings ergibt sich die – ausweislich § 1 Abs. 1 HDSIG-E in Anspruch genommene – Kompetenz der Länder, eigene Datenschutzgesetze für die Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen des Landes, der Gemeinden und Landkreise zu erlassen, jedenfalls aus ihrer Kompetenz, Verwaltungshandeln und Verwaltungsverfahren landeseigener Stellen und der ihnen eingeordneten Selbstverwaltungsträger zu regeln.<sup>41</sup> Dies gilt für den Regelungsbereich der DSGVO ebenso wie im Umsetzungsbereich der JI-Richtlinie.

Zugleich regelt die Vorschrift, dass die Verarbeitung des Hessischen Rundfunks als Anstalt des öffentlichen Rechts im journalistischen Bereich nicht dem HDSIG unterfallen soll, § 1 Abs. 4 HDSIG-E. Damit wird der Vorstellung des Art. 85 DSGVO, wonach die Mitgliedstaaten ein Regelungsauftrag trifft, das Recht des Datenschutzes mit u.a. den Rechten der Journalisten in einen Ausgleich zu bringen, nur unzureichend Rechnung

<sup>40</sup> Instruktiv: Simitis, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage 2014, § 1 Rn. 1 ff.

<sup>41</sup> Gusy, in: Wolff/Brink, Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, § 1 BDSG n.F., Rn. 70.

getragen; eine eigenständige Regelung wäre notwendig. Es steht dem Gesetzgeber aber völlig frei, dies außerhalb eines allgemeinen Gesetzes zu tun.

§ 1 Abs. 9 schließlich statuiert, dass anonyme bzw. anonymisierte Informationen nicht unter den Anwendungsbereich fallen; dies ist lediglich ein deklaratorischer Inhalt, da dann kein Personenbezug mehr gegeben ist. Diesbezüglich trafe den Gesetzgeber keine Einschränkung aus der DSGVO oder der JI-RL.

## 2. § 3 HDSIG-E

§ 3 Abs. 1 HDSIG-E entspricht im Wortlaut § 3 BDSG n.F. § 3 Abs. 1 HDSIG-E dient ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e i.V.m. Art. 6 Abs. 3 DSGVO. Dabei weicht die Regelung jedoch von den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO insoweit ab, als kein expliziter Bezug zu öffentlichen Interessen erkennbar ist. Die Verarbeitung soll nach § 3 Abs. 1 HDSIG-E schon dann zulässig sein, wenn eine öffentliche Stelle die personenbezogenen Daten in Erfüllung ihrer Aufgaben oder in Ausübung öffentlicher Gewalt verarbeitet. Damit ist grundsätzlich auch eine solche Verarbeitung erlaubt, die zwar in den Aufgabenbereich der öffentlichen Stelle fällt, zugleich jedoch nicht öffentlichen Interessen dient.<sup>42</sup> Ob die Regelungsbefugnis mitgliedstaatlicher Gesetzgeber derart weit reicht, darf mit Recht bezweifelt werden.

Im Übrigen wiederholt § 3 Abs. 1 HDSIG-E lediglich den Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO und trägt damit in besonderem Maße die Vermutung der Unzulässigkeit wegen Verstoßes gegen das Normwiederholungsverbot in sich. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine solche Normwiederholung für die Geltung des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO konstitutiv sei. Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b DSGVO wonach die Rechtsgrundlage für Verarbeitungen nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO durch das Recht der Mitgliedstaaten „festgelegt“ würde, legt freilich nahe, dass die Normwiederholung für Verarbeitungsmöglichkeiten nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO konstitutive Bedeutung hat. Wird jedoch die unmittelbare Geltung der DSGVO nach Art. 288 Abs. 2 AEUV zugrunde gelegt, so spricht hinsichtlich der Auslegung der DSGVO eine starke und grundsätzliche Vermutung gegen die konstitutive Bedeutung von Normwiederholungen. Diese starke Vermutung kann die Formulierung des Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b DSGVO nicht widerlegen. In Zusammenschau mit den Vorgaben zur Schaffung mitgliedstaatlichen Rechts in Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 DSGVO, wonach explizit oder implizit spezifische Anforderungen an mitgliedstaatliches Recht formuliert werden, spricht dies eher dafür, dass Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO grundsätzlich für sich steht und die Mitgliedstaaten lediglich dazu ermächtigt sind, spezifischere Normen zu erlassen.

Da jedoch § 3 Abs. 2 HDSIG-E zugleich eine präzisere Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen öffentlicher Stelle und Auftragsdatenverarbeiter trifft, ist die bloße Normwiederholung in § 3 Abs. 1 HDSIG-E wenngleich nicht konstitutiv, so doch zumindest ausnahmsweise zulässig und insoweit unschädlich.

<sup>42</sup> So schon zu § 3 BDSG n.F., Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 75; Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, § 3 BDSG n.F. Rn. 2.

### 3. § 4 HDSIG-E - Videoüberwachung öffentlicher Räume

Der Gesetzesentwurf sieht mit § 4 HDSIG-E eine ausdrückliche Regelung der Videoüberwachung vor, die in weiten Teilen dem § 4 BDSG n.F. entspricht, der wiederum die Regelung des § 6b BDSG a.F. aufgreift.

#### a) § 4 Abs. 1 HDSIG-E

In den Gesetzgebungsmaterialien zu § 4 Abs. 1 HDSIG-E wird – soweit nicht die besonderen Verarbeitungszwecke der JI-Richtlinie verfolgt werden – auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO als unionsrechtliche Grundlage der landesrechtlichen Regelung verwiesen. Die Regelung in § 4 Abs. 1 HDSIG-E begegnet vor diesem Hintergrund aus mehreren Gründen Bedenken.

Mitgliedstaatliche Regelungen im Anwendungsbereich der DSGVO sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn die Mitgliedstaaten durch die DSGVO ausdrücklich zur Regelung ermächtigt werden. Eine solche Regelungsbefugnis besteht für Mitgliedstaaten innerhalb des Art. 6 Abs. 1 DSGVO, ausweislich des Wortlautes des Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b und Abs. 2 DSGVO, nur zur Ausgestaltung von Datenverarbeitungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e DSGVO. Diese beiden Vorschriften sehen vor, dass die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung des Verantwortlichen erfolgt (lit. c) oder für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt (lit. e). Im Umkehrschluss sieht die DSGVO keine Befugnis der Mitgliedstaaten vor, auf Grundlage gerade des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO mitgliedstaatliche Regelungen zu erlassen.<sup>43</sup> Die bloße inhaltliche Offenheit und die geringe Regelungsdichte des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO begründen ebenfalls keine – etwa implizite – Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten. Damit wäre die Regelung des § 4 Abs. 1 HDSIG-E, versteht man sie im Sinne der Begründung des Gesetzentwurfs als Konkretisierung des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO, schon aus diesem Grund insgesamt unionsrechtswidrig.

Diese Einschätzung gilt umso mehr, als der Entwurf des HDSIG-E nach § 1 Abs. 1 HDSIG-E gerade die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die öffentlichen Stellen des Landes, der Gemeinden und Landkreise und damit im Grundsatz die Datenverarbeitung durch Behörden regelt. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO schließt demgegenüber eine Anwendung des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO auf Datenverarbeitungen von Behörden („public authority“) in Erfüllung ihrer Aufgaben ausdrücklich aus.<sup>44</sup> Damit erfasst Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO ausschließlich Gleichordnungsverhältnisse Privater untereinander und kommt als alleinige oder gar nur vorrangige Grundlage der Regelung des § 4 Abs. 1 HDSIG-E nicht in Betracht. Dies ist

<sup>43</sup> Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO, 1. Auflage 2017, Art. 6, Rn. 143.

<sup>44</sup> So wurde die ursprüngliche Forderung des EU-Minsterrates, das in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO genannte Merkmal des „berechtigten Interesses“ auch als Rechtsgrundlage für behördliche Datenverarbeitungen zu erlauben, durch das Europäische Parlament abgelehnt und letztlich abgewehrt. Daraus erklärt sich die Formulierung des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO, wonach der Verarbeitungstatbestand des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO bei behördlicher Datenverarbeitung keine Anwendung findet. Siehe hierzu: Albrecht, Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung, CR 2016, 88, 92; allenfalls im Rahmen privat-rechtlicher Hilfsgeschäfte von Behörden wäre eine Anwendung denkbar, Heberlein, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 1. Auflage 2017, Art. 6, Rn. 21, wenngleich eine solche Konstellation im Falle der Videoüberwachung schlechthin nicht in Betracht kommen wird; ebenfalls dagegen, dass die Videoüberwachung durch öffentliche Stellen auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO gestützt werden kann: Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO, 1. Auflage 2017, Art. 6, Rn. 172.

zurückzuführen auf den Vorbehalt des Gesetzes. Danach obliegt es dem nationalen Gesetzgeber, die Datenverarbeitung durch Behörden zu regeln (EG 47 S. 5). Dies muss ausreichend klar und präzise erfolgen, um für die betroffenen Personen hinreichend vorhersehbar zu regeln, wie dies Artt. 7, 8 iVm Art. 52 Abs. 1 Grundrechte-Charta verlangen.<sup>45</sup> Auch deshalb sind die Mitgliedstaaten nach Abs. 3 bestimmten Anforderungen für ihr nationales Datenschutzrecht im öffentlichen Bereich unterworfen. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f ist gerade kein Auffangtatbestand für behördliche Datenverarbeitungen.<sup>46</sup>

*Diesem Aspekt sollte in den Materialien Aufmerksamkeit geschenkt werden. Es sollte deutlich hervortreten, dass das HDSIG eine Regelungsbefugnis für Mitgliedstaaten innerhalb des Art. 6 Abs. 1 DSGVO, ausweislich des Wortlautes des Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b und Abs. 2 DSGVO, nur zur Ausgestaltung von Datenverarbeitungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e DSGVO anerkennt und sich dazu konform verhält.*

Zudem erweckt die Verwendung des Halbsatzes „die Beobachtung sei [...] *nur*<sup>47</sup> zulässig“ den Anschein, andere Legalisierungsgründe für die Videoüberwachung seien hiermit ausgeschlossen, insbesondere die Beobachtung auf Grundlage einer Einwilligung.<sup>48</sup> Dass der Landesgesetzgeber eine solche Einschränkung nicht bezweckt, geht aus der Begründung des Gesetzentwurfs hervor, wonach auch andere Legalisierungsgründe in Betracht kämen.

Hinzuweisen ist schließlich auch darauf, dass die Abwägungsklausel Bedenken begegnet. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e gehen von einer „Erforderlichkeit“ der Datenverarbeitung aus. Dies inkludiert, dass die (vorweggenommene) Abwägung zugunsten des öffentlichen Interessen bzw. der Rechtspflicht ausgefallen ist. Dann aber kann ein gleichgewichtiges Interesse des Betroffenen nicht dazu führen, dass die Datenverarbeitung zulässig ist. Die Abwägung des § 4 HDSIG-E sieht allerdings vor, dass eine Videoüberwachung, also die Datenverarbeitung, nur dann nicht rechtmäßig ist, wenn die Interessen des Betroffenen überwiegen. Im Falle eines Patts der Interessen würde also das öffentliche Interesse Vorrang genießen.

Diese Abweichung ist nicht mit den Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 und 3 – ohne dass deren Verhältnis hier näher beschrieben werden muss – vereinbar, wird dort doch lediglich eine „Spezifikation“ ermöglicht, nicht aber eine materiell andere Wertigkeit.

*Der Normwortlaut des § 4 Abs. 1 HDSIG-E sollte die Möglichkeit anderer, gerade auch speziellerer, Rechtsgrundlagen widerspiegeln, indem das Wort „nur“ durch „insbesondere“ ersetzt wird.*

*§ 4 Abs. 1 HDSIG-E ist dahingehend zu ändern, dass die öffentlichen Interessen gegenüber dem schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen müssen.*

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen hat, dass eine Erfassung der Bürger nicht zu einer Totalerfassung führen

<sup>45</sup> Vgl. zu diesem Erfordernis EuGH Gutachten 1/15, EWS 2017, 219 Rn. 141 – PNR-Abkommen mit Kanada; EuGH C-203/15 u. C-698/15, NJW 2017, 717 Rn. 109 und 117 – Tele2 Sverige und Watson mwN.

<sup>46</sup> Albers, in: Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, Art. 6 DSGVO, Rn. 47; Frenzel, in: Paal/Pauly DSGVO BDSG, Art. 6 Rn. 26.

<sup>47</sup> Hervorhebung durch die Autoren.

<sup>48</sup> Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), 75.

dürfe.<sup>49</sup> Es fehlt allerdings an Vorkehrungen, die dies für den öffentlichen Raum verhindern.

*Eine Möglichkeit bestünde darin, § 4 einen Abs. 5 hinzuzufügen: Eine zulässige Videoüberwachung nach Abs. 1 darf, in Verbindung mit anderen zulässigen Videoüberwachungen, den öffentlichen Raum nicht vollständig oder überwiegend einer Beobachtung zuführen.*

#### 1) § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E

Für die Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E lässt sich zwar nicht Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO als Grundlage anführen, wohl öffnen aber Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b und Abs. 2 DSGVO Datenverarbeitungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e DSGVO mitgliedstaatlicher Ausgestaltung. Auf das in Teilen unklare und nicht unproblematische Verhältnis von Art. 6 Abs. 3 und Abs. 2 DSGVO muss für die Zwecke der Stellungnahme zum Gesetzentwurf nicht eingegangen werden. Für § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E kommt insbesondere Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO i.V.m. Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b bzw. Abs. 2 DSGVO als Rechtsgrundlage in Betracht. Hiernach ermächtigt der Verordnungsgeber die Mitgliedstaaten dazu, Regelungen für solche Datenverarbeitungen zu schaffen, die für die Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erforderlich sind. Innerhalb der föderalen Kompetenzverteilung kommt dem Land im Verhältnis zum Bund mangels bundesgesetzlicher Kompetenz für den Datenschutz die Kompetenz zum Treffen einer solchen Regelung jedenfalls insoweit zu, wie die Wahrnehmung von Aufgaben ausweislich § 1 Abs. 1 HDSIG-E seitens der öffentlichen Stellen des Landes, der Gemeinden und Landkreise in Frage steht. Die konkrete Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E begegnet damit jedenfalls keinen grundsätzlichen kompetenziellen Bedenken, sofern sie statt auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO auf Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b, Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO gestützt wird.

Wohl muss aber die Regelungsdichte im Hinblick auf eine ausreichende Bestimmtheit bemängelt werden. Soweit der Verordnungsgeber die Mitgliedstaaten zu eigenen Regelungen ermächtigt, ist damit die Vorgabe einer konkretisierenden mitgliedstaatlichen Regelung verbunden.<sup>50</sup> Damit begegnen insbesondere solche mitgliedstaatlichen Regelungen Bedenken, die den Verordnungstext lediglich wiedergeben, paraphrasieren oder sich mit dem Wortlaut des Verordnungstextes überschneiden, da dieser insoweit für sich selbst steht.<sup>51</sup> § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E bewegt sich hierbei im Grenzbereich zwischen bloßer Normwiederholung und Konkretisierung.

Vorliegend wiederholt § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E den Kerninhalt von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO („Aufgabe [...], die im öffentlichen Interesse liegt“ bzw. „Ausübung öffentlicher Gewalt“).<sup>52</sup> Eine spezifischere oder präzisere Regelung bzw. eine Regelung höherer Regelungsdichte als Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO stellt § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E insoweit nicht dar. Eine Konkretisierung im Vergleich zu den vorgenannten Regelungen der DSGVO kann lediglich in der Benennung der Videoüberwachung als Technologie und der „Beobachtung“ als Verarbeitungsart gesehen werden, da die

<sup>49</sup> BVerfGE 125, 260 (322 f.).

<sup>50</sup> Siehe hierzu oben unter II. 1. a.E.

<sup>51</sup> Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, § 4 BDSG n.F., Rn. 11.

<sup>52</sup> Vgl. dazu schon zu § 4 BDSG n.F.: Frenzel, in: Paal/Pauly DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 4 BDSG n.F., Rn. 11.

DSGVO ausdrücklich einen technologieneutralen Regelungsansatz verfolgt<sup>53</sup>. Insofern erfolgt hier eine Spezifizierung nur dann, wenn man Art. 6 Abs. 2 DSGVO entnehmen will, dass unter den Begriff „spezifische Anforderungen für die Verarbeitung“ auch spezifische Verarbeitungssituationen fallen.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive, insbesondere unter dem Aspekt der Bestimmtheit, begegnet die Regelung zudem Bedenken, da der Wortlaut jedenfalls auch sehr eingriffsintensive Videoüberwachungen, beispielsweise mittels polizeilicher Body Cams, der videogestützten Beobachtung von Versammlungen oder der sonstigen Videoüberwachung im öffentlichen Raum auf Grundlage einer bloßen Aufgabenorm und einer Abwägung der Interessen ohne nähere Vorgaben für deren Konkretisierung zu tragen scheint. Für ein derart weites Verständnis des Anwendungsbereiches des § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E spricht zudem die systematische Zusammenschau mit § 4 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E. Wird die Beobachtung zur Ausübung des (öffentlichen) Hausrechts bereits vom insoweit spezielleren § 4 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E erfasst, verbliebe § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E praktisch kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr, wenn nur dieser Teilbereich erfasst sein sollte; § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E ist also hier weit zu verstehen. Rechtsstaatsprinzip und Wesentlichkeitstheorie stehen einem solchen Verständnis allerdings entgegen, erfordern sie doch spezifische, keine unspezifischen Ermächtigungsgrundlagen für solche eingriffsintensiven Videoüberwachungen.<sup>54</sup> Dem Datenschutzrecht war seit jeher innewohnend ein besonders striktes Verständnis von der Bestimmtheit der ermächtigenden Rechtsgrundlage, hat das Bundesverfassungsgericht doch schon im grundlegenden Volkszählungsurteil eine der jeweiligen Eingriffsintensität entsprechende Regelungsdichte und damit Konkretisierung der Ermächtigungsnorm eingefordert.<sup>55</sup>

*§ 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E sollte entweder gestrichen oder jedenfalls durch Regelbeispiele präzisiert werden<sup>56</sup>, damit gerade in Zusammenschau mit § 4 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E deutlich wird, welcher Anwendungsbereich dieser Norm zukommen soll. Dies gilt gerade im Hinblick auf eingriffsintensive Maßnahmen im Präventivbereich.*

#### 2) § 4 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E

Soweit § 4 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E im Sinne der Ausübung öffentlich-rechtlich bestehender Hausrechte verstanden wird, begegnet die Norm weder kompetenziellen Bedenken, noch Bedenken hinsichtlich der Regelungsdichte, da insoweit gegenüber Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO sowohl hinsichtlich der eingesetzten Technologie, als auch der Verarbeitungsform („Beobachtung“) und dem Beobachtungszweck („Ausübung des Hausrechts“) hinreichende Präzisierungen vorgenommen wurden.

#### 3) § 4 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E

Anders als § 4 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HDSIG-E kann die landesrechtliche Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E auch nicht auf die zuvor vorgeschlagene unionsrechtliche Grundlage des Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b, Abs. 2, Abs. 1 lit. e DSGVO gestützt werden, da die Reichweite der Regelungsbefugnis aus den vorgenannten Normen jedenfalls nicht so weit reichen kann, als dass eine Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO im Wortlaut entsprechende

<sup>53</sup> ErwGr 15 S. 1 DSGVO.

<sup>54</sup> Siehe wiederum zum parallelen Problem in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F.: Frenzel, in: Paal/Pauly, BDSG, 2. Auflage 2018, § 4 Rn. 11.

<sup>55</sup> BVerfGE 65, 1, 46.

<sup>56</sup> Beispielhaft sei auf die präzisere Ausgestaltung der verfolgten öffentlichen Interessen im Entwurf zum BayDSG verwiesen, vgl. Art. 24 Abs. 1 BayDSG.

mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift erlassen werden könnte, wenn der Verarbeitungstatbestand der Verfolgung „berechtigter Interessen“ im Rahmen behördlicher Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Selbst wenn § 4 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E nicht als eigenständige mitgliedstaatliche Regelung auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO, sondern als Normwiederholung der Regelung in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO aus Anlass eigenständiger Regelungen auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e i.V.m. Abs. 2 und 3 S. 1 lit. b DSGVO<sup>57</sup> verstanden würde, wäre die Wiederholung des § 4 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E in jedem Fall unzulässig, da diese Regelung<sup>58</sup> in Staat-Bürger Konstellationen keine Anwendung findet und die Anwendung erst recht nicht über mitgliedstaatliche Regelungen entgegen dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO angeordnet werden darf. Die Regelung ist damit unionsrechtswidrig, da den Mitgliedstaaten weder eine auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO gestützte Regelungsbefugnis zukommt, noch die Norm eine ausnahmsweise zulässige Normwiederholung darstellt<sup>59</sup> und zudem die konkrete Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E den Anschein erweckt, eine Ausnahme zum Verbot der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO im Verhältnis von Behörden und Bürgern zu statuieren, der Wortlaut und Telos des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO entgegenstehen.

Die nach der Plenardebatte offensichtlich gewollte Engführung des HDSIG-E am BDSG n.F. ist in dieser Form unzulässig, da das BDSG n.F. gerade auch Privatrechtsverhältnisse regelt, für die Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO zur Anwendung gelangen kann, das HDSIG-E hingegen ausschließlich die Datenverarbeitung öffentlicher Stellen regelt, für die nach oben Ausgeführtem ein Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO ausdrücklich ausgeschlossen ist.

*§ 4 Abs. 1 Nr. 3 sollte ersatzlos gestrichen werden.*

#### b) § 4 Abs. 2 HDSIG-E

§ 4 Abs. 2 HDSIG-E sieht vor, dass Betroffene zum „frühestmöglichen Zeitpunkt“ über die Tatsache der Beobachtung informiert werden und Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen mitgeteilt werden müssen. Die Norm weicht damit in mehrerlei Hinsicht von den in Art. 13 DSGVO statuierten Informationspflichten verantwortlicher Stellen gegenüber der betroffenen Person ab. Art. 13 DSGVO wird bei einer Videoüberwachung regelmäßig zutreffen, weil die Daten direkt bei der betroffenen Person und nur ausnahmsweise bei einem Dritten über eine betroffene Person erhoben werden. Letzteres dürfte z.B. der Fall sein, wenn eine Videoaufzeichnung Abbilder von betroffenen Personen, die nicht zugegen sind, aufnimmt, etwa beim Zeigen eines Photos. Diese Sondersituation soll im Folgenden wegen ihres Ausnahmecharakters vernachlässigt werden; in einem solchen Fall greifen aber die Informationspflichten des Art. 14 DSGVO und sind zu beachten.

<sup>57</sup> So könnten die Regelungen in § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 HDSIG-E als mitgliedstaatliche Vorschriften auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO verstanden werden, sofern Anpassungen in der Gesetzesbegründung erfolgen, die deutlich machen, dass die Regelungen in § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 HDSIG-E auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO erfolgten.

<sup>58</sup> Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO.

<sup>59</sup> Siehe zum teilweise parallelen Problem in § 4 Abs. 1 Nr. 3 BDSG n.F.: Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 4 BDSG n.F., Rn. 5, 6, der insoweit von einem Verstoß gegen das Wiederholungsverbot ausgeht.

Hinsichtlich des Abweichens von den Vorstellungen des Art. 13 DSGVO ist im Hinblick auf § 4 Abs. 2 HDSIG-E folgendes anzumerken: Zum einen kann der „frühestmögliche Zeitpunkt“ der Information der Erhebung zeitlich nachgelagert sein, während die Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 1 DSGVO „zum Zeitpunkt der Erhebung“ erfüllt werden müssen.<sup>60</sup> Hier wäre eine Anpassung an den Wortlaut des Art. 13 DSGVO wünschenswert, wenn ein inhaltlicher Gleichlauf bezweckt ist. Jenes ist schon deshalb rechtlich anzustreben, um die Abweichungen von den Vorgaben der DSGVO und damit die Gefahr einer Europarechtswidrigkeit zu minimieren. Zum zweiten sieht § 4 Abs. 2 HDSIG-E inhaltlich nur eine Information über den Umstand der Beobachtung sowie Name und Kontaktdaten der verantwortlichen Stelle, nicht jedoch eine Information über den Zweck der Datenverarbeitung vor und weicht auch insoweit insbesondere von Art. 13 Abs. 1 lit. c DSGVO ab.

Zwar sind Einschränkungen der Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO nach Art. 23 DSGVO nach Maßgabe mitgliedstaatlichen Rechts möglich, dabei muss die Einschränkung jedoch den nicht beiläufigen, dort normierten Anforderungen genügen. Dem lässt sich zunächst entnehmen, dass regelmäßig pauschale Beschränkungen für alle Betroffenenrechte nicht zulässig sind, sondern dass für jedes einzelne Betroffenenrecht und jeden Grundsatz, hier also für die Informationspflichten aus Art. 13 und 14 DSGVO, gesondert zu beurteilen ist, inwieweit die Voraussetzungen für Beschränkungen nach Art. 23 vorliegen. Nach Art. 23 DSGVO wird für Beschränkungen der Rechte aus Art. 13 DSGVO verlangt, dass die (abweichenden) Bestimmungen den in den Art. 12 bis 22 vorgesehenen Rechten und Pflichten entsprechen. Es darf also nicht zu einer substantiellen Beeinträchtigung kommen. Im Hinblick auf den „frühestmöglichen Zeitpunkt“ (§ 4 Abs. 2 HDSIG-E) und den „Zeitpunkt der Erhebung“ (Art. 13 DSGVO) mag man das noch annehmen. Für den Wegfall der Nennung des Zwecks kann dies aber nicht gelten. Das Datenschutzrecht ist durchzogen vom Zweckbindungsprinzip. Dieses begrenzt und beschränkt die Datenverarbeitung; es ist das Maß der Dinge, ein Kernbestandteil.<sup>61</sup> Der bei der Erhebung einmal festgelegte Zweck bindet dann für die weiteren Verarbeitungsschritte. Insofern kann eine Beschränkung der Information der betroffenen Person hinsichtlich des Zwecks der Verarbeitung, wie dies durch § 4 Abs. 2 HDSIG-E erfolgt, nicht mehr als eine entsprechende Regelung angesehen werden. Denn es ist keine andere Regelung ersichtlich, die dafür Sorge tragen würde, dass die betroffene Person Kenntnis von der Zielrichtung der Videoüberwachung erhalten würde. Daher kann sie auch ihrerseits die Rechtmäßigkeit der Verwendung ihrer Daten nicht bestimmen, denn diese steht und fällt mit dem konkreten Zweck. Eine Videoüberwachung mit Erhebung, Speicherung und Weiterverarbeitung personenbezogener Daten zur Verhinderung von Massenpanik bei einer Großveranstaltung mag zulässig sein; eine Videoüberwachung mit Erhebung, Speicherung und Weiterverarbeitung personenbezogener Daten aus Neugier über die konkreten Passanten ist es sicherlich nicht. Diese Wertung wird ergänzt durch die Bestimmung des Art. 23 DSGVO, wonach jegliche Beschränkung den Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten zu achten hat: Der Wesensgehalt des Datenschutz- und Privatheitsschutzes der EU und des Grundgesetzes besteht aber gerade in der Zweckbindung von Datenverarbeitungen und der Kenntnis des Betroffenen hierüber, um sich gegebenenfalls zur Wehr setzen zu

<sup>60</sup> Auch hierzu mit Blick auf das BDSG n.F.: Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 75.

<sup>61</sup> Herbst, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 5, Rn. 21 mwN.

können. Daher ist § 4 Abs. 2 HDSIG-E entsprechend zu ergänzen um die Aufklärung über den Zweck.

Geht man davon aus, dass eine Vereinbarkeit mit Art. 23 DSGVO unter diesem Aspekt gegeben wäre, sind gleichwohl weitere Anforderungen dem Art. 23 DSGVO zu entnehmen. So muss die Einschränkung denjenigen Zielen dienen, die Art. 23 Abs. 1 DSGVO abschließend aufzählt. Weder im Normtext des § 4 Abs. 2 HDSIG-E noch in der Begründung des Gesetzentwurfs wird auf Art. 23 Abs. 1 DSGVO Bezug genommen, obwohl die Begründung des Gesetzentwurfs an anderen Stellen jeweils ausdrücklich darauf hinweist, dass von der Öffnungsklausel des Art. 23 DSGVO Gebrauch gemacht wurde<sup>62</sup>. An dieser Stelle sollte der Normtext insoweit präzisiert werden, als deutlich gemacht wird, in welchen Beobachtungssituationen aus welchen Gründen – und zwar den in Art. 23 DSGVO genannten – verzichtet wird. Darüber hinaus sollte aus der Begründung des Gesetzentwurfs hervorgehen, dass § 4 Abs. 2 HDSIG-E von den Anforderungen des Art. 13 DSGVO abweicht und auf welcher Grundlage diese Abweichung erfolgt, insbesondere welchen Zielen innerhalb des Art. 23 Abs. 1 DSGVO die Einschränkung der Informationspflichten dient.

*Der Wortlaut von § 4 Abs. 2 „frühestmöglicher Zeitpunkt“ sollte an den Wortlaut des Art. 13 DSGVO angepasst werden („zum Zeitpunkt der Erhebung“).*

*§ 4 Abs. 2 HDSIG-E ist zu ergänzen um die Aufklärung über den Zweck.*

*Sollte der Gesetzgeber dies entgegen der hier vertretenen Ansicht für entbehrlich halten, sollte § 4 Abs. 2 HDSIG-E deutlich benennen, in welchen Beobachtungssituationen aus welchen Gründen auf die Zweckbenennung gegenüber der betroffenen Person – und zwar den in Art. 23 DSGVO genannten – verzichtet wird. Darüber hinaus sollte wenigstens aus den Materialien hervorgehen, dass § 4 Abs. 2 HDSIG-E von den Anforderungen des Art. 13 DSGVO abweicht und auf welcher Grundlage diese Abweichung erfolgt, insbesondere welchen Zielen innerhalb des Art. 23 Abs. 1 DSGVO die Einschränkung der Informationspflichten dient.*

#### c) § 4 Abs. 3 HDSIG-E

Hinsichtlich des § 4 Abs. 3 S. 1 HDSIG-E stützt sich der Gesetzgeber auf dieselbe Grundlage wie für § 4 Abs. 1 HDSIG-E. Damit bestehen dieselben Bedenken, die bereits zur Unionsrechtskonformität des § 4 Abs. 1 HDSIG-E vorgebracht wurden. Weder § 4 Abs. 1 noch § 4 Abs. 3 S. 1 HDSIG-E können auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO gestützt werden.

§ 4 Abs. 3 S. 2 HDSIG-E begegnet demgegenüber keinen Bedenken. Der Gesetzgeber macht insoweit zulässigerweise von der Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 lit. c und d DSGVO Gebrauch.

*Soweit die Normen auf Art. 6 Abs. 3 lit. b, Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c bzw. lit. e DSGVO gestützt werden, sind jedenfalls Präzisierungen im vorgenannten Sinne wie bei § 4 Abs. 1 HDSIG-E erforderlich.*

#### d) § 4 Abs. 4 HDSIG-E

§ 4 Abs. 4 HDSIG-E sieht eine Spezifizierung der Lösungsverpflichtung vor, wie sie sich bereits aus Art. 17 Abs. 1 2. HS ergibt („...der Verantwortliche ist verpflichtet...“)<sup>63</sup>. Die

<sup>62</sup> Beispielhaft sei hier auf die Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 3 HDSIG-E hingewiesen.

<sup>63</sup> Herbst, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 17, Rn. 8.

hier vorgelegten Tatbestände weichen zwar von den in Art. 17 Abs. 1 lit. a bis lit. f ab; dies ist jedoch mit Art. 23 und den dort vorgesehenen Beschränkungen vereinbar. Dies gilt erst recht, wenn man in die Formulierung des § 4 Abs. 4 HDSIG-E 2. HS hineinliest, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen einer weiteren Speicherung in den von Art. 17 Abs. 1 lit. a bis lit. f genannten Umständen jedenfalls entgegenstehen, darüber hinaus aber die Lösungsverpflichtungen des Verantwortlichen noch steigern können. Dies ist im Sinne der Grundfreiheiten der betroffenen Person und entspricht in Wesensgehalt und Schutzzweck den Zielen des Art. 17.

#### 4. § 20 HDSIG-E

Mit § 20 HDSIG-E ist eine Regelung zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten vorgesehen, die im Wesentlichen § 22 BDSG n.F. entspricht. Der Gesetzgeber macht hier Gebrauch von einer Öffnungsklausel in Art. 9 Abs. 3 und Abs. 4 DSGVO. Art. 9 Abs. 3 DSGVO sieht hier die Möglichkeit der Mitgliedstaaten vor, bestimmte Geheimhaltungsverpflichtungen zu statuieren, was dann die Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Einklang mit Art. 9 DSGVO ermöglicht. Art. 9 Abs. 3 DSGVO geht darüber noch hinaus, indem eine echte Öffnungsklausel den Mitgliedstaaten zusätzliche Bedingungen und Beschränkungen der Datenverarbeitung ermöglicht, um die Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten zu regulieren.

##### a) § 20 Abs. 1 HDSIG-E

Der erste Halbsatz der Norm führt mit der Formulierung „abweichend“ von Art 9 Abs. 1 DSGVO in die Irre, da die nachfolgend vorgesehenen Verarbeitungstatbestände dem Grunde nach bereits als Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO im Verordnungstext vorgesehen sind. Gilt das Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO nur vorbehaltlich der möglichen Verarbeitungstatbestände des Art. 9 Abs. 2 DSGVO, wird vom Verbot der Verarbeitung in Art. 9 Abs. 1 DSGVO nicht „abgewichen“.<sup>64</sup> Eine solche fehlerhafte Normierung ist nicht mit dem Gebot rechtsstaatlicher Klarheit vereinbar. Denn u.a. „dienen die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit dazu, die Gerichte in die Lage zu versetzen, getroffene Maßnahmen anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren“<sup>65</sup>. Hier wäre eine andere Formulierung angeraten, beispielsweise „in Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 1 und Abs. 4 DSGVO“.

Jenseits dessen gibt es allerdings auch gewichtige inhaltliche Bedenken: Der Ausgestaltung der Ausnahmen der Artt. 9 Abs. 2 lit. b, h und i DSGVO in § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO), Nr. 2 (Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO) und Nr. 3 (Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO) fehlt es erneut an Regelungsdichte. Sind mitgliedstaatliche Ausgestaltungsspielräume eröffnet, so sind die Mitgliedstaaten zur Konkretisierung angehalten, nicht jedoch dazu, Regelungen der Verordnung auf demselben oder gar einem höheren Abstraktionsniveau zu wiederholen.<sup>66</sup> Besonders zu bemängeln ist § 20 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E, der gegenüber dem Verordnungstext sogar ein höheres Abstraktionsniveau erreicht, indem der Gesetzgeber – wie schon der Bundesgesetzgeber

<sup>64</sup> So schon zu § 22 BDSG n.F.: Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 22 BDSG n.F., Rn. 4.

<sup>65</sup> BVerfGE 114, 1 (53).

<sup>66</sup> Siehe dazu bereits oben unter II.

zum nahezu wortgleichen § 22 Abs. 1 Nr. 1 b) BDSG n.F. – im Wesentlichen den Verordnungstext des Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO wiederholt, dabei allerdings die Zwecke des „öffentlichen Gesundheitsdienstes“ und der „Arbeitsmedizin“ nicht ausdrücklich benennt, da sie im abstrakteren Begriff der Gesundheitsvorsorge enthalten seien. Die landesgesetzliche Regelung weist damit sogar eine geringere Regelungsdichte auf als die vergleichbare Regelung innerhalb der DSGVO; dies ist unionsrechtlich wenigstens bedenklich. Der Gesetzgeber sollte hier deutlichere Konkretisierungen im Einklang mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 DSGVO vornehmen.

In der Begründung des Gesetzentwurfs geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass die Ausgestaltung des § 20 Abs. 1 HDSIG-E „neben“ die übrigen Ausnahmen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO trete. Zugleich sei aber die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nicht nur auf dieser Rechtsgrundlage (also § 20 Abs. 1 HDSIG-E) zulässig, sondern auch auf Grundlage der sich unmittelbar aus Art. 9 Abs. 2 DSGVO ergebenden Ausnahmetatbestände. Damit stellt sich für den Normanwender die Frage, welcher Eigenwert der bloßen Wiederholung und der teils sogar verringerten Regelungsdichte zukommt und ob eine solche Doppelung nicht vielmehr geeignet ist, den Blick auf das unmittelbar anwendbare Ordnungsrecht lediglich zu verstellen, ohne dem hohen Anspruch an Normenklarheit bei der Verarbeitung besonders sensibler Daten genügen zu können.

Allein in § 20 Abs. 1 Nr. 4 a) – c) HDSIG-E ist die geforderte Konkretisierung – hier des Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO – bei der Ausgestaltung von Öffnungsklauseln zu erkennen. Auch wenn die Interessenabwägung kein mitgliedstaatlicher Zusatz, sondern bereits in der unionsrechtlichen Grundlage des Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO enthalten ist („in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Ziel“), stellt die Benennung einzelner öffentlicher Interessen („Abwehr einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit“; „zwingende Gründe der Verteidigung oder für humanitäre Maßnahmen“) eine hinreichende mitgliedstaatliche Konkretisierung des Begriffs „öffentliche Interessen“ in Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO dar. Allenfalls in Hinblick auf § 20 Abs. 1 Nr. 4 a) HDSIG-E wäre eine weitere Konkretisierung durch Regelbeispiele anzuregen, wengleich angesichts und aus Anlass der Präzisierung bestimmter öffentlicher Interessen in § 20 Abs. 1 Nr. 4 b) und Nr. c) HDSIG-E die bloße Normwiederholung in § 20 Abs. 1 Nr. 4 a) HDSIG-E ausnahmsweise zulässig ist.

Wird in der Begründung des Gesetzentwurfs eine weitere Konkretisierung der Interessenabwägung erwähnt, namentlich dass in Fällen, in denen biometrische Daten zu Zwecken der eindeutigen Identifikation Betroffener rechtmäßig verarbeitet werden, ein erhebliches öffentliches Interesse i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 4 HDSIG-E anzunehmen sei, so ist zu einer Übernahme dieser Konkretisierung in den Normtext zu raten. Die Übernahme in den Normtext ist unionsrechtlich zulässig, da schon die Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO und erst recht der Umgang mit biometrischen Daten nach Art. 9 Abs. 4 DSGVO den Mitgliedstaaten überantwortet ist.

*Die Formulierung „abweichend von Art. 9 Abs. 1 DSGVO“ sollte verändert werden in z.B. „in Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 1 und Abs. 4 DSGVO“.*

*Der Gesetzgeber sollte deutlichere Konkretisierungen in § 20 Abs. 1, mindestens in Nr. 2, HDSIG-E im Einklang mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 DSGVO vornehmen. Dazu können auch Regelbeispiele gehören, etwa bei § 20 Abs. 1 Nr. 4 a) HDSIG-E. § 20 Abs. 1 Nr. 4 HDSIG-E sollte dahingehend explizit konkretisiert werden, dass bei Verarbeitung*

*biometrischer Daten zu Zwecken der eindeutigen Identifikation Betroffener ein erhebliches öffentliches Interesse anzunehmen ist.*

b) § 20 Abs. 2 HDSIG-E

§ 20 Abs. 2 HDSIG-E dient der Umsetzung des Erfordernisses aus Art. 9 Abs. 2 lit. b, lit. g und lit. i DSGVO, „geeignete Garantien für die Grundrechte und die Interessen der betroffenen Person“ vorzusehen, soweit Ausnahmen vom Verarbeitungsverbot des Art. 9 Abs. 1 DSGVO formuliert werden. Wenngleich im Grundsatz davon auszugehen ist, dass diese Vorschrift ihren Zweck erfüllt<sup>67</sup>, fallen zahlreiche Unschärfen in der Formulierung des § 20 Abs. 2 HDSIG-E auf. So sind in den Fällen des Abs. 1 „angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person“ nur „vorzusehen“, sie sind nicht zu „garantieren“, wie es der Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 lit. b, lit. g und lit. i DSGVO erfordert.<sup>68</sup>

**5. § 21 HDSIG-E**

Art. 6 Abs. 4 DSGVO eröffnet den Mitgliedstaaten einen Spielraum zur Regelung der Weiterverarbeitung von Daten zu anderen Zwecken als denjenigen, zu denen sie erhoben wurden. Von dieser Öffnungsklausel macht der hessische Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des § 21 HDSIG-E ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs Gebrauch.

Das sich dem Bundesgesetzgeber angesichts der Neufassung der §§ 23, 24 BDSG stellende Problem, ob es sich bei Art. 6 Abs. 4 DSGVO um eine genuine Öffnungsklausel handelt oder ob dessen Anwendung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 DSGVO zulässig ist, stellt sich dem Landesgesetzgeber im Falle des HDSIG-E nicht. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass Art. 6 Abs. 4 DSGVO keine genuine Öffnungsklausel bildet, sondern allein in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 DSGVO angewendet werden darf.<sup>69</sup> Da der Landesgesetzgeber jedoch ausweislich des § 1 Abs. 1 HDSIG-E allein Datenverarbeitungen öffentlicher Stellen regelt, kann davon ausgegangen werden, dass in der Regel Art. 6 Abs. 3 Nr. 2 lit. b, Abs. 2, Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Var. 2 i.V.m. Abs. 4 DSGVO als Grundlage der Regelung in Betracht kommt<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> So auch die Auffassung des Gesetzgebers ausweislich der Gesetzesbegründung; zum wortgleichen § 22 Abs. 2 BDSG n.F. siehe Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 83, der ebenfalls grundsätzlich davon ausgeht, dass hiermit die nötigen Anforderungen gewahrt werden; dagegen, dass eine solche Regelungstechnik den Anforderungen an geeignete Garantien aus Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO genügt: Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 22 BDSG n.F., Rn. 12 ff.

<sup>68</sup> Dies bemängelt Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 22 BDSG n.F., Rn. 12 ff., in Hinblick auf den wortgleichen § 22 Abs. 2 BDSG n.F.

<sup>69</sup> Instruktiv zum Problemfeld, das an dieser Stelle nicht näher vertieft werden kann: Albers, in: Wolff/Brink, Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, Art. 6 DSGVO, Rn. 77; so auch Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 6, Rn. 182 und 199 ff.; Albrecht, CR 2016, 88, 92; Schantz NJW 2016, 1841, 1844; die dieses Problem insgesamt auch als eines des privaten Bereichs, nicht des öffentlichen Bereichs sehen; anders: Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 84 f., der davon ausgeht, Art. 6 Abs. 4 DSGVO enthalte eine genuine Öffnungsklausel.

<sup>70</sup> Anders als in Fällen, in denen Weiterverarbeitungen zu anderen Zwecken im privaten Bereich durch mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift zugelassen würden. In jenen Fällen käme die Rückbindung an Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 DSGVO nur bei solchen Datenverarbeitungen Privater in

Die Begründung des Gesetzentwurfs des § 21 HDSIG-E legt nahe, dass der Landesgesetzgeber derselben Vorstellung unterlegen ist wie der Bundesgesetzgeber<sup>71</sup>. Angesichts des dem Bundesgesetzgeber wegen dieses Irrtums angedrohten Vertragsverletzungsverfahrens<sup>72</sup> sei dem hessischen Landesgesetzgeber vorbeugend zu einer Anpassung der Begründung des Gesetzentwurfs durch Erweiterung der Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 4 um Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 DSGVO geraten, da ein bloßes Abstützen der Regelung auf Art. 6 Abs. 4 i.V.m. ErwGr 50 DSGVO wohl als unionsrechtswidrig einzustufen ist.<sup>73</sup> Außerdem kann sich der Landesgesetzgeber – anders als der Bundesgesetzgeber – tatsächlich auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Var. 2, Abs. 2 und Abs. 3 DSGVO stützen, weshalb die Beschränkung der Rechtsgrundlage auf Art. 6 Abs. 4 DSGVO nicht erforderlich ist.

*Die Materialien sollten dahingehend angepasst werden, die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 4 um Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 DSGVO zu erweitern, da ein bloßes Abstützen der Regelung auf Art. 6 Abs. 4 i.V.m. ErwGr 50 DSGVO wohl als unionsrechtswidrig einzustufen ist, zumal sich der hessische Landesgesetzgeber – anders als der Bundesgesetzgeber – tatsächlich auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Var. 2, Abs. 2 und Abs. 3 DSGVO stützen kann.*

#### a) § 21 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E

Angesichts von Wortlaut und Telos des § 21 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E liegt es nahe, dass die Norm dem Schutz der Interessen Betroffener nach Art. 23 Abs. 1 lit. i DSGVO zu dienen bestimmt ist. Dabei stellt sich aber die Frage, inwieweit öffentliche Stellen sich überhaupt auf rein interessen geleitete Abwägungen stützen dürfen.<sup>74</sup> Einerseits eröffnet Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO diese Möglichkeit ausdrücklich, andererseits spricht Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO gleichermaßen ausdrücklich gegen eine solche Möglichkeit. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO nur die offene Abwägung von Interessen öffentlicher Stellen und Betroffeneninteressen untersagt, während Maßnahmen, die allein im Interesse Betroffener, ohne, dass dieses mit kollidierenden und konkurrierenden Interessen abgewogen wird, nicht zugleich verboten wird. Andernfalls liefe die vorgesehene Öffnungsklausel in Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO jedenfalls mit Blick auf ihre erste Alternative regelmäßig leer. Zudem sind Güter- und Interessenabwägungen über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz regelmäßig auch in Staat-Bürger-Konstellationen notwendigerweise mit erfasst. Würde Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO jedwede Interessenabwägung sperren, liefe letztlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ins Leere.

Betrachtet, die ausdrücklich im näher zu begründenden öffentlichen Interesse lägen (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Var. 1 DSGVO), während die Datenverarbeitungen öffentlicher Stellen regelmäßig der zweiten Variante des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO (Ausübung öffentlicher Gewalt) unterfallen dürften.

<sup>71</sup> Namentlich unzutreffend davon ausgeht, Art. 6 Abs. 4 DSGVO sei eine genuine Öffnungsklausel; hierfür spricht auch der Verweis auf ErwGr 50 in der Gesetzesbegründung zu § 21 Abs. 1 HDSIG-E, der als Hinweis darauf verstanden werden kann, der ursprüngliche Legitimationstatbestand der Datenerhebung genüge auch als Rechtsgrundlage für die Weiterverarbeitung (ErwGr 50 S. 2 DSGVO).

<sup>72</sup> <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Datenschutzreform-EU-Kommission-droht-Deutschland-mit-Vertragsverletzungsverfahren-3689759.html>, zuletzt abgerufen am 02.03.2018.

<sup>73</sup> Albers, in: Wolff/Brink, Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, Art. 6 DSGVO, Rn. 79.

<sup>74</sup> Problematisiert von Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 23 BDSG n.F., Rn. 6.

*Wünschenswert für § 21 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E wäre eine – etwa durch Regelbeispiele erläuternde – Klarstellung, wann von der „Offensichtlichkeit“ auszugehen ist.*

b) § 21 Abs. 1 Nr. 2, 5 HDSIG-E

Verarbeitungen auf Grundlage von § 21 Abs. 1 Nr. 2 und 5 HDSIG-E dienen nach Wortlaut und Telos der Norm ebenfalls den Interessen Betroffener bzw. dem Schutz von Interessen Dritter und lassen sich gleichfalls auf Art. 23 Abs. 1 lit. i Var. 1 bzw. Var. 2 DSGVO stützen. Dies entspricht zudem den Anforderungen aus Art. 5 Abs. 1 lit. d DSGVO.

c) § 21 Abs. 1 Nr. 4 HDSIG-E

Dieser Weiterverarbeitungstatbestand stützt sich wohl auf Art. 23 Abs. 1 lit. d DSGVO und findet damit ebenfalls eine Grundlage und der Gesetzgeber damit eine Regelungsbefugnis in der DSGVO.

d) § 21 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E

Zuletzt sei § 21 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E erwähnt, der sich als Verknüpfung aus Art. 23 Abs. 1 lit. d, e und b DSGVO darstellt. Hierbei bleibt jedoch unklar, was der Gesetzgeber mit der „Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl“ meint. Die entsprechende naheliegende Verordnungsnorm, Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO, präzisiert die vergleichbare und denkbar offene Formulierung „Schutz sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats“ im zweiten und dritten Halbsatz der Norm durch die zweifache Anwendung von Regelbeispielen. Damit gibt der Ordnungsgeber zu erkennen, dass er den Zweck „Schutz sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses“ für derart unscharf hält, dass er für sich genommen keine Einschränkungen von Betroffenenrechten zu tragen vermag. Der Gesetzgeber des HDSIG-E hingegen stellt den Zweck „Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl“ gleichrangig („oder“) neben Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die Verteidigung, die nationale Sicherheit sowie die Wahrung erheblicher Belange des Gemeinwohls und die Sicherung des Steuer- oder Zollaufkommens. Dagegen geht der Ordnungsgeber davon aus, dass etwa die mitgliedstaatlichen Interessen im Steuerbereich die letzte Stufe der Konkretisierung des Oberbegriffs „Schutz sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses eines Mitgliedstaates“ bilden. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber ist jedoch regelmäßig nicht dazu ermächtigt, die Regelungsdichte der DSGVO bei mitgliedstaatlicher Ausgestaltung zu unterschreiten. In diesem besonderen Fall liegt die Unionsrechtswidrigkeit der mitgliedstaatlichen Ausgestaltung deshalb sehr nahe, da die seitens des Ordnungsgebers vorgesehene zwingende Konkretisierung des offenen Begriffs „Schutz sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses“ durch den Gesetzgeber lediglich paraphrasiert („Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl“) und von der weiteren Konkretisierung entkoppelt wurde.

*§ 21 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E ist zu konkretisieren, um den Bestimmtheitsanforderungen im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl“ nachzukommen.*

## 6. § 22 HDSIG-E

### a) § 22 Abs. 1 HDSIG-E

§ 22 HDSIG-E regelt mit der Übermittlung eine Sonderform der Verarbeitung, die die DSGVO als solches nicht mehr kennt im Unterschied zur DSRL. Die Norm ist damit systematisch spezieller als § 21 HDSIG-E, soweit die Übermittlung nicht schon als Zweck bei Erhebung der Daten angegeben wurde. Sie ist ferner spezieller als §§ 3 und 4 HDSIG-E, soweit die Daten bereits zum Zweck der Übermittlung erhoben wurden. Dieser Unterschied zwischen der von den ursprünglichen Zwecken erfassten Übermittlung und der Übermittlung als Unterfall der Verarbeitung zu „anderen Zwecken“ geht aus der Formulierung des § 22 HDSIG-E nicht eindeutig hervor. Zwar sprechen Wortlaut und systematische Stellung der Norm, die unmittelbar an § 21 HDSIG-E anschließt, dafür, dass der Gesetzgeber allein die Übermittlung als Unterfall der Verarbeitung zu anderen Zwecken von § 22 HDSIG-E erfasst sehen wollte. Hierfür spricht außerdem, dass die Übermittlung an andere öffentliche Stellen nach § 22 Abs. 1 HDSIG-E jeweils unter den Voraussetzungen des § 21 HDSIG-E möglich sein soll, der allein Verarbeitungen zu „anderen Zwecken“ regelt. Der enge Bezug zu § 21 HDSIG-E setzt sich in § 22 Abs. 2 HDSIG-E insoweit fort, als § 22 Abs. 2 Nr. 1 HDSIG-E auch für die Übermittlung an nicht-öffentliche Stellen die Erfüllung der Voraussetzungen des § 21 HDSIG-E verlangt. Andererseits knüpft § 22 Abs. 2 HDSIG-E nicht durchgehend an § 21 HDSIG-E an, sondern stellt in § 22 Abs. 2 Nr. 2 und 3 HDSIG-E eigenständige Voraussetzungen für die Übermittlung an nicht-öffentliche Stellen auf.

Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs geht der Gesetzgeber davon aus, dass ausschließlich die Übermittlung als Unterfall der Verarbeitung zu anderen Zwecken geregelt werden sollte.

*Im Sinne der Normenklarheit sollte bei § 22 HDSIG-E der enge Bezug der Übermittlung mit der Verarbeitung zu „anderen Zwecken“ Eingang in den Normtext finden, um von der originären Zweckausrichtung auf Übermittlung zu unterscheiden.*

### b) § 22 Abs. 2 HDSIG-E

#### 1) § 22 Abs. 2 Nr. 2 HDSIG-E

Die Regelung des § 22 Abs. 2 Nr. 2 HDSIG-E wird im Grundsatz durch Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 lit. i DSGVO abgedeckt. Allerdings ist die Regelungsdichte der Norm zu bemängeln.<sup>75</sup> Die Voraussetzungen einer Übermittlung der personenbezogenen Daten Betroffener an Dritte sind hiernach schon dann erfüllt, wenn der Dritte ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der zu übermittelnden Daten glaubhaft darlegt und die betroffene Person kein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat. Darin ist letztlich wegen der normativen Begriffe des „berechtigten“ Interesses des Dritten und des „schutzwürdigen“ Interesses Betroffener ein Abwägungstatbestand zu erkennen. Auf „reine“ und damit nicht konkretisierte Abwägungstatbestände wie Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO dürfen sich öffentliche Stellen in Erfüllung ihrer Aufgaben jedoch gerade nicht stützen, vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO.

Dieses Verbot gilt nicht nur für behördliche Abwägungen zwischen den Interessen der verantwortlichen (öffentlichen) Stelle und des Betroffenen, sondern ausweislich des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO, der hierüber hinaus in seiner zweiten Variante („oder eines

<sup>75</sup> So schon Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 25 BDSG n.F., Rn. 13 zum insoweit wortgleichen § 25 Abs. 2 Nr. 2 BDSG n.F.

Dritten“) auch Konstellationen der Interessenabwägung zwischen von der verantwortlichen Stelle verschiedener Dritter und Betroffenen erfasst, auch für letztere. Behörden dürfen Datenverarbeitungen in Erfüllung ihrer Aufgaben damit nicht nur nicht auf reine Abwägungstatbestände zwischen ihren Interessen und den Betroffeneninteressen stützen und auch nicht auf reine Abwägungstatbestände zwischen Drittinteressen und Betroffeneninteressen.

Das Verbot des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO ist außerdem nicht nur auf Fälle der erstmaligen, im Unterschied zur Weiterverarbeitung beschränkt. Der Ordnungsgeber unterscheidet innerhalb des Art. 6 begrifflich nicht zwischen der erstmaligen Verarbeitung etwa nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO und der Weiterverarbeitung nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO, sondern spricht stets von „Verarbeitung“. An anderer Stelle macht der Ordnungsgeber dagegen sehr wohl deutlich, etwa in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO, dass er ausdrücklich die Weiterverarbeitung als besonderen Unterfall der Verarbeitung kennt. Damit gilt die Restriktion des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO auch für solche Verarbeitungen zu einem „anderen Zweck“, die von Art. 6 Abs. 4 DSGVO erfasst werden.

Aus alledem folgt, dass der mitgliedstaatliche hessische Gesetzgeber zwar durchaus im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 DSGVO i.V.m. Art. 23 Abs. 1 lit. i DSGVO besondere Tatbestände für die Verarbeitung zu anderen Zwecken schaffen darf, die den Zielen des Art. 23 Abs. 1 DSGVO, insbesondere auch des Art. 23 Abs. 1 lit. i DSGVO und damit dem Interesse Betroffener oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter dienen dürfen. Dabei dürfen mitgliedstaatliche Regelungen für öffentliche Stellen jedoch keine reinen und offenen Abwägungstatbestände vorsehen, die im Wesentlichen Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO entsprechen, sondern nur Verarbeitungen zu konkreten Zwecken und zur Sicherung bestimmter konkreter Rechte und Freiheiten Dritter.<sup>76</sup> Diesen Anforderungen genügt der generalklauselartige und unspezifische § 22 Abs. 2 Nr. 2 HDSIG-E in dieser Form nicht. Von einer Unionsrechtswidrigkeit der Norm ist auszugehen.

*§ 22 Abs. 2 Nr. 2 HDSIG-E ist dahingehend zu reformulieren, dass klare Tatbestände überwiegende Interessen festlegen; eine offene Abwägung ist nicht gestattet.*

#### 2) § 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E

Außerdem unterschreitet der Gesetzgeber erneut die vorgegebene Regelungsdichte durch die Regelung des § 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E. Macht der mitgliedstaatliche Gesetzgeber von seiner Regelungsbefugnis im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 DSGVO Gebrauch, wie ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Gesetzgeber des HDSIG-E, findet die Regelungsbefugnis über Art. 23 Abs. 1 DSGVO einen unionsrechtlichen Rahmen, aus dem die mitgliedstaatliche Regelung nicht ausbrechen darf. Vorliegend kommt für die Regelung des § 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO als maßstabsprägende Norm in Betracht. Nach Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO darf der mitgliedstaatliche Gesetzgeber Weiterverarbeitungen dann regelnd ausgestalten und von den Vorgaben der Verordnung abweichen, wenn und soweit die Abweichung dem Ziel der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche dient. Dieses Konkretisierungsniveau der DSGVO unterschreitet § 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E insoweit, als hiernach die Übermittlung personenbezogener Daten von öffentlichen Stellen an nicht-öffentliche Stellen schon zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher, nicht nur zivilrechtlicher (und auch öffentlich-rechtlicher) Ansprüche möglich

<sup>76</sup> Im Ergebnis auch: Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 25 BDSG n.F., Rn. 13.

sein soll. In ihrer jetzigen Form bewegt sich die Norm außerhalb des unionsrechtlich durch Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO vorgegebenen Rahmens und ist unionsrechtswidrig.

*§ 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E ist zu konkretisieren, welche rechtlichen Ansprüche und welcher Grad der Erforderlichkeit gemeint ist. Dabei ist den Rechten der Betroffenen Rechnung zu tragen.*

#### **7. § 24 HDSIG-E**

§ 24 HDSIG macht Gebrauch von der Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 und 3 DSGVO. Entsprechend der Regelung in § 75 Absatz 1 Satz 4 SGB. Abs. 1 schafft eine eigene Rechtsgrundlage in Abweichung von Art. 9 für besondere Kategorien von Daten und stützt sich dazu auf Art. 9 Abs. 2 lit. j. Abs. 2 begegnet Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 89 Abs. 2 DSGVO, denn die Auskunftserteilung nach Art. 15 DSGVO wird schon für den Fall eingeschränkt, dass sie einen „unverhältnismäßigen Aufwand“ erfordern würde. Art. 89 Abs. 2 DSGVO dagegen sieht Ausnahmen für den Fall vor, dass die Verwirklichung der Zwecke – also der wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecke oder der statistischen Zwecke – deren Verwirklichung zumindest ernsthaft beeinträchtigen und für die Erfüllung der Zwecke notwendig sind. Ein unverhältnismäßiger Aufwand der Auskunftserteilung fällt darunter nicht, denn er verhindert die Zweckerreichung der Forschung oder Statistik nicht.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Verfolgung von Forschungs-, Statistik- und Archivzwecken in § 24 nicht näher abgesichert wird, wie es Art. 89 Abs. 2 und Abs. 3 verlangt ist („vorbehaltlich der Bedingungen und Garantien“). Dazu gehörte – nur beispielhaft und nicht abschließend genannt – die Bestellung und Beteiligung eines Datenschutzbeauftragten in den Forschungseinrichtungen, eine Risikoabschätzung bis hin zu einem Datenschutzkonzept und vor allem die Absicherung von Vorschriften zur Weiterübermittlung der Daten.

*Daher ist § 24 um Konkretisierungen der Absicherung der Rechte der Betroffenen zu ergänzen, um die Garantien und Bedingungen der DSGVO zu integrieren.*

#### **8. § 31 HDSIG-E**

§ 31 HDSIG-E ist in Bezug auf zwei Regelungen zu bemängeln. Dies betrifft zum einen die Formulierung des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) HDSIG-E, zum zweiten § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 e) HDSIG-E. Im Übrigen lassen sich die Einschränkungen der Informationspflichten gegenüber Betroffenen auf Art. 23 Abs. 1 lit. i Var. 1 DSGVO (§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HDSIG-E), Art. 23 Abs. 1 lit. a – e DSGVO (§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a) HDSIG-E), Art. 23 Abs. 1 lit. c DSGVO (§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 b) HDSIG-E) sowie Art. 23 Abs. 1 lit. i Var. 2 DSGVO (§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 c) HDSIG-E) stützen. In der Begründung des Gesetzentwurfs legt der Gesetzgeber jedoch nur partiell offen, zu welchem der von Art. 23 Abs. 1 DSGVO als legitim erachteten Ziele die Einschränkung der Informationspflichten erfolgt.<sup>77</sup> Insbesondere die unübersichtlich formulierte Norm des § 31 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E, aber auch die offen formulierte Norm des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 e) HDSIG-E verlangen nach einem solchen klarstellenden Hinweis, damit nachvollzogen werden kann, ob die

<sup>77</sup> Ausweislich der Gesetzesbegründung gründe die Einschränkung durch § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) HDSIG-E auf Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO.

mitgliedstaatliche Regelung den durch die DSGVO vorgegebenen Regelungsrahmen nicht verlässt.

a) § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) HDSIG-E

§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) HDSIG-E weist denselben Mangel auf wie § 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E: Die Norm unterschreitet die durch Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO vorgegebene Regelungsdichte und überschreitet das notwendige Abstraktionsniveau, indem Einschränkungen der Informationspflichten nicht nur zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche, sondern zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung aller rechtlichen Ansprüche – insbesondere auch öffentlich-rechtlicher Ansprüche – ermöglicht werden.<sup>78</sup> *Damit ist § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d), ebenso wie schon § 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E, soweit die Einschränkungen nicht auf zivilrechtliche Ansprüche beschränkt werden, unionsrechtswidrig.*

b) § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 e) HDSIG-E

§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 e) HDSIG-E sieht Einschränkungen der Informationspflichten gegenüber Betroffenen in solchen Fällen vor, in denen die Erteilung der Information über die beabsichtigte Weiterverarbeitung „sonst dem Wohle des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde und das Interesse des Verantwortlichen an der Nichterteilung der Information das Informationsinteresse der betroffenen Person überwiegt.“

In der systematischen Zusammenschau mit den weiteren Beschränkungen der Informationspflichten nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 a bis Nr. 2 e HDSIG-E, die mittels des Verweises auf Art. 23 Abs. 1 lit. a bis lit. e DSGVO bereits die nationale Sicherheit, die Landesverteidigung, die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Strafverfolgung und Gefahrenabwehr sowie den Schutz sonstiger "wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses" eines Mitgliedstaates erfassen, bleibt unklar, welcher Eigenwert § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 e) HDSIG-E zukommen soll. Die Norm erscheint als Auffangtatbestand für Beeinträchtigungen von Interessen von Land und Bund unterhalb der Schwelle der „wichtigen Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses“. Zu einer solchen Einschränkung von Informationspflichten ermächtigt Art. 23 Abs. 1 DSGVO die Mitgliedstaaten jedoch gerade nicht. Dies muss schon deshalb gelten, da die Systematik des Art. 23 Abs. 1 DSGVO, der mit einem vergleichsweise hohen Konkretisierungsgrad zwischen unterschiedlichen öffentlichen Interessen unterscheidet, nahe legt, dass mitgliedstaatliche Regelungen, die sich auf eine der nach Art. 23 Abs. 1 eröffneten Abweichungsmöglichkeiten stützen, wenigstens dieselbe Regelungsdichte erreichen und das Abstraktionsniveau des Art. 23 Abs. 1 DSGVO jedenfalls nicht überschreiten dürfen. Hierfür spricht außerdem, dass das abstrakteste eröffnete Regelungsziel mitgliedstaatlicher Einschränkungen von Betroffenenrechten – der Schutz „wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses“ eines Mitgliedstaates nach Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO – einer zweifachen Konkretisierung durch Regelbeispiele zugeführt wird.

Die Begründung des Gesetzentwurfs ist in Bezug auf den sehr offen formulierten und in besonderer Weise konkretisierungsbedürftigen § 31 Abs. 2 Nr. 2 e HDSIG-E sehr knapp gehalten und vermag die Funktion und den Anwendungsbereich der Norm nicht zu verdeutlichen. Damit verbleibt der Eindruck einer in dieser Form zu unbestimmten und materiell unionsrechtswidrigen Auffangnorm für solche Beeinträchtigungen öffentlicher

<sup>78</sup> Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 90 zum wortgleichen § 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BDSG n.F.; ebenso: Hennemann, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 32 BDSG n.F., Rn. 8; Johannes ZD-Aktuell 2017, 05533.

Interessen, die unterhalb der Schwelle des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO liegen. Dem Gesetzgeber sei geraten, diese Norm ersatzlos zu streichen.

*In Bezug auf § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) und Nr. 2 e) HDSIG-E fehlt es an einer Zielsetzung, anhand derer sich die Einschränkung der Informationspflichten messen und näher bestimmen lässt. Nr. 2 d) ist hinsichtlich der Reichweite der Ansprüche einzuschränken. Der Begriff der „Nachteile“ in Nr. 2 e) ist zu unspezifisch und gegenüber den Interessen und Rechten der Betroffenen in dieser Breite nicht stets überwiegend.*

#### **9. § 32 HDSIG-E**

Zu § 32 HDSIG-E gilt das soeben zu § 31 HDSIG-E Ausgeführte entsprechend. Allerdings hat der Gesetzgeber in dieser Norm den zuvor kritisierten § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) HDSIG-E nicht aufgenommen, obwohl nahezu alle übrigen Ausnahmetatbestände von der Informationspflicht Betroffener auch in § 32 Abs. 1 S. 1 aufgenommen wurden. Die Entscheidung gegen die Aufnahme einer § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) HDSIG-E entsprechenden Norm in § 32 Abs. 1 S. 1 HDSIG-E ist nicht zu kritisieren, sondern vielmehr zu begrüßen.

Allerdings ist die zuvor geäußerte Kritik an § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 e) HDSIG-E sinngemäß auf den wortgleichen § 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HDSIG-E zu übertragen. Diese Norm ist ebenso wie jene Norm in der konkreten Form zu unbestimmt und widerspricht Telos und Systematik des Art. 23 Abs. 1 DSGVO.

*§ 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HDSIG-E sollte – angesichts dessen, dass der Gesetzgeber von den Einschränkungsmöglichkeiten nach Art. 23 Abs. 1 lit. a bis lit. e DSGVO bereits Gebrauch gemacht hat und angesichts der fehlenden Konkretisierung und Abgrenzung – ersatzlos gestrichen werden.*

#### **10. § 33 HDSIG-E**

In § 33 Abs. 1 HDSIG-E hat der Gesetzgeber – anders als der Bundesgesetzgeber in § 34 Abs. 2 BDSG n.F. – darauf verzichtet, Einschränkungen des Auskunftsrechts Betroffener von dem Maß der Belastung verantwortlicher Stellen durch die Auskunftserteilung abhängig zu machen. Damit hat eine vielfach kritisierte Einschränkung des Auskunftsrechts Betroffener im Bundesrecht<sup>79</sup> keinen Eingang in das Landesrecht gefunden, was ausdrücklich zu begrüßen ist.

Allerdings bleibt unklar, auf welcher unionsrechtlichen Grundlage die Einschränkungen des Auskunftsrechts Betroffener nach § 33 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) HDSIG-E basiert sind. Zwar eröffnet Art. 23 Abs. 1 DSGVO weitreichende mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume, die Einschränkungen des Auskunftsrechts zu tragen vermögen. Dabei muss die mitgliedstaatliche Regelung jedoch eines der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO abschließend genannten Ziele verfolgen. Aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 33 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E geht nicht hervor, welchem Ziel die Einschränkungen dienen sollen<sup>80</sup>. Vielmehr verweist der Gesetzgeber auf die Übernahme von Elementen der §§ 18

<sup>79</sup> Paal, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 34 BDSG n.F., Rn. 2 m.w.N.; Schantz in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 1. Auflage 2017, Rn. 1204.

<sup>80</sup> Dagegen verweist der Gesetzgeber in Hinblick auf § 33 Abs. 2 und 3 HDSIG-E ausdrücklich auf Art. 23 Abs. 1 lit. c, d, g und h DSGVO als Grundlage der landesrechtlichen Regelung.

Abs. 4 HDSG a.F. und 29 Abs. 2 HSOG. Dies genügt den unionsrechtlichen Vorgaben nicht. Selbst wenn Elemente aus bestehenden mitgliedstaatlichen Normen entlehnt werden, muss die Norm gleichwohl einem der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele dienen.

*Da angesichts der Kontroll-, Ordnungs- und Überwachungsfunktion gesetzlicher Aufbewahrungsvorschriften ebenso wie der Verarbeitungen zu Zwecken der Datensicherung und Datenschutzkontrolle die Gewährleistung der Ziele von Art. 23 Abs. 1 lit. h DSGVO nahe liegt, sei dem Gesetzgeber dazu geraten, zu überprüfen, ob die Einschränkungen des Auskunftsrechts durch § 33 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) HDSIG-E nicht auf jene Norm gestützt werden können. Bejahendenfalls sollte sodann Art. 23 Abs. 1 lit. h DSGVO als Grundlage der Einschränkung des Auskunftsrechts in § 33 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) HDSIG-E in der Begründung des Gesetzentwurfs benannt werden. Sollte der Gesetzgeber hingegen mit § 33 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) HDSIG-E tatsächlich keines der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele verfolgt haben, ist die erstgenannten Norm unionsrechtswidrig und zu streichen.*

#### **11. § 34 HDSIG-E**

##### **a) Fehlende Zielvorgabe des § 34 Abs. 1 HDSIG-E**

Weder aus dem Normtext noch aus der Begründung des Gesetzentwurfs geht hervor, welchem der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO aufgezählten Ziele die Einschränkung des Lösungsrechts Betroffener in § 34 Abs. 1 S. 1 HDSIG-E dient. Zwar erlaubt Art. 23 Abs. 1 DSGVO Einschränkungen von Betroffenenrechten durch mitgliedstaatliche Regelungen, doch nur dann, wenn diese einem oder mehreren der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO abschließend aufgezählten Zielen dienen. Geht der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs davon aus, dass allein die Tatsache genüge, dass die Regelung das durch Art. 23 Abs. 2 lit. c DSGVO gebotene Maß nicht überschreite, liegt die Befürchtung nahe, dass § 34 Abs. 1 HDSIG-E keinem der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO dient.<sup>81</sup> Dass die Löschung wegen der besonderen Art der Speicherung andernfalls unverhältnismäßig wäre – als Grund den der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs für die Beschränkung mit Verweis auf Art. 23 Abs. 1 lit. c DSGVO nennt – ist jedenfalls keines der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO verfolgbar Ziele. Dann aber ist die Regelung des § 34 Abs. 1 HDSIG-E unionsrechtswidrig, da Einschränkungen von Betroffenenrechten stets wenigstens einem der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele dienen müssen.

Da die Durchsicht und ggf. Schwärzung oder anderweitige Löschung personenbezogener Daten in großen analogen Archiven mit dem Einsatz erheblicher personeller und sächlicher Mittel verbunden ist, kommt als Grundlage einer solchen Einschränkung von Betroffeneninteressen das in Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO aufgezählte Ziel des Schutzes „wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses“, insbesondere eines wichtigen „wirtschaftlichen oder finanziellen Interesses“ etwa im Haushaltsbereich in Betracht. Wenngleich im Grundsatz rein fiskalische Interessen eines Mitgliedstaates keine

<sup>81</sup> So zur wortgleichen bundesrechtlichen Regelung und vergleichbarer Gesetzesbegründung des § 35 Abs. 1 BDSG n.F.: Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 90.

Grundlage von Einschränkungen der Betroffeneninteressen bieten dürfen<sup>82</sup>, erscheint die Löschung personenbezogener Daten gerade in umfangreichen analogen Archiven mit einem derart großen personellen und sächlichen Aufwand verbunden, dass die Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO ausnahmsweise trotz des überwiegend fiskalischen Charakters erreicht werden.

*Der Gesetzgeber sollte überprüfen, ob die vorgesehenen Einschränkungen des § 34 Abs. 1 HDSIG-E nicht auf Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO gestützt werden könnten, um dann die Zielvorgabe entsprechend anzupassen. Anderenfalls ist die dann unionsrechtswidrige Norm zu streichen.*<sup>83</sup>

#### b) Fehlende Begriffsbestimmung „nicht-automatisierter Datenverarbeitung“

§ 34 Abs. 1 HDSIG-E erfasst allein nicht-automatisierte Datenverarbeitungsvorgänge. Anders als im BDSG a.F.<sup>84</sup> findet sich in der DSGVO keine Definition des Begriffs nicht-automatisierter Datenverarbeitung.<sup>85</sup> Art. 2 Abs. 1 DSGVO beschränkt die Anwendbarkeit der Verordnung allerdings auf die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn diese in einem Dateisystem gespeichert sind oder werden sollen. Für die automatisierte Verarbeitung genügt es bereits, wenn die Verarbeitung teilweise automatisiert erfolgt, also ein Schritt auf Automatisierung zurückgreift, etwa wenn ein Aktensystem durch einen automatisierten Index erschlossen ist.<sup>86</sup> Wann umgekehrt eine Verarbeitung nicht automatisiert und nicht in einem Dateisystem erfolgt, richtet sich nach Art. 4 Nr. 6. Danach ist ein Dateisystem „jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, unabhängig davon, ob diese Sammlung zentral, dezentral oder nach funktionalen oder geografischen Gesichtspunkten geordnet geführt wird“. Aus EG 15 DSGVO lässt sich entnehmen, dass der Schutz durch die DSGVO nicht davon abhängig sein, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten automatisiert oder manuell erfolgt. Nach EG 15 S. 3 sind demnach lediglich unstrukturierte Akten oder Aktensammlungen nicht erfasst. Faktisch dürfte dies kaum einmal der Fall sein, dass eine Ansammlung von Papier wahllos und nach keinerlei Kriterien geordnet abgeheftet ist.<sup>87</sup>

Das in der Begründung des Gesetzentwurfs zugrunde gelegte Verständnis, wonach hierunter „Archivierungen in Papierform oder die Nutzung früher gebräuchlicher analoger Speichermedien, etwa Mikrofiche“ zu verstehen seien, entspricht dieser Regelung der DSGVO nicht. Hier wird ein deutlich weiterer Begriff zugrunde gelegt. Dies ist mit der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich noch vereinbar. Allerdings führt es zu einer Widersprüchlichkeit der Terminologie, die die Wirkmächtigkeit der DSGVO beeinträchtigen kann und daher unionsrechtlich nicht aufrechtzuerhalten ist.

<sup>82</sup> Dies macht schon Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO mit seiner doppelten Einschränkung des „wichtigen“ Ziels des allgemeinen öffentlichen Interesses, das nur bei „wichtigen“ wirtschaftlichen oder finanziellen Interessen erfüllt sein könne, deutlich.

<sup>83</sup> So ohne konkreten Vorschlag einer unionsrechtskonformen Zielvorgabe zum wortgleichen § 35 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F.: Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 90.

<sup>84</sup> § 3 Abs. 2 BDSG a.F.

<sup>85</sup> Das Fehlen einer entsprechenden Begriffsbestimmung im BDSG n.F. wird demgegenüber als Redaktionsversehen aufgefasst, Worms, in: Wolff/Brink, Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, § 35 BDSG n.F., Rn. 20.

<sup>86</sup> Siehe für die insoweit identische DSRL Dammann/Simitis, Art. 3 Rn. 4.

<sup>87</sup> Siehe auch Gola in: Gola, DSGVO, Art. 2 Rn. 8.

Gelöscht: ,

Gelöscht: -

Gelöscht: , DSGVO,

*§ 34 Abs. 1 ist im Hinblick auf die Begrifflichkeit der „nicht automatisierten Datenverarbeitung“ an die Begrifflichkeit der DSGVO, insbesondere Art. 4 Nr. 6 DSGVO, anzupassen. Angesichts der weitgehenden Bedeutungslosigkeit der Vorschrift ist ihre ersatzlose Streichung zu bedenken.*

## **12. § 35 HDSIG-E**

Die Einschränkungen des Widerspruchsrechts Betroffener nach § 35 Abs. 1 HDSIG-E dienen ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Sicherstellung öffentlicher Interessen im Sinne des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO. Eine entsprechende mitgliedstaatliche Regelungsbefugnis ist daher dem Grunde nach zu bejahen.

### **a) § 35 Var. 1 HDSIG-E**

Bei der Formulierung des § 35 HDSIG-E handelt es sich jedoch im Wesentlichen um eine Paraphrasierung des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO („zwingendes öffentliches Interesse“ statt „wichtiges Ziel des allgemeinen öffentlichen Interesses“) in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 23 Abs. 1 DSGVO („sofern eine solche Beschränkung [...] [eine] in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt [...]).“). Zudem geht diese Formulierung allenfalls ganz unwesentlich über die ohnehin unmittelbar geltende Einschränkung des Widerspruchsrechts Betroffener nach Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSGVO hinaus („zwingende öffentliche Interessen“ statt „zwingende schutzwürdige Gründe“) und muss als bloße Normwiederholung erachtet werden.<sup>88</sup> Damit trägt diese Norm wiederum die Vermutung der Unzulässigkeit in sich. Diese könnte allenfalls dann widerlegt werden, wenn zugleich inhaltlich präzisierend oder einschränkend von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht wurde.<sup>89</sup> Insoweit kommt § 35 Var. 2 HDSIG-E als materielle Präzisierung in Betracht, aus deren Anlass auch Normwiederholungen – wie § 35 Var. 1 HDSIG-E – ausnahmsweise zulässig wären. Allerdings regelt § 35 Var. 2 HDSIG-E einen gänzlich anderen Fall, nämlich das Vorliegen einer verpflichtenden Rechtsvorschrift, das noch zudem, anders als § 35 Var. 1 HDSIG-E, keine Abwägungsklausel vorsieht, also auch strukturell anders gefasst ist.

*§ 35 Var. 1 HDSIG-E ist aus Klarstellungsgründen zur Vermeidung einer Europarechtswidrigkeit zu streichen.*

### **b) § 35 Var. 2 HDSIG-E**

§ 35 Var. 2 HDSIG-E erlaubt Einschränkungen des Widerspruchsrechts in allen Fällen, in denen eine Rechtsvorschrift zur Verarbeitung verpflichtet und entspricht damit wörtlich § 36 Var. 2 BDSG n.F. Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass – anders als in Fällen des § 35 Var. 1 HDSIG-E – keine Interessenabwägung vorgenommen werden soll, sondern schon die Verarbeitungspflicht aus der entsprechenden Rechtsvorschrift genügt, um das Widerspruchsrecht einzuschränken. Der Wortlautbefund kann sich zudem auf die Systematik stützen, wonach § 35 Var. 1 HDSIG-E mit den Merkmalen des zwingenden öffentlichen Interesses und dem Überwiegen gegenüber Betroffeneninteressen einen

<sup>88</sup> So zum wortgleichen § 36 Var. 2 BDSG n.F.: Schantz in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 1. Auflage 2017, Rn. 1232.

<sup>89</sup> Vgl. ErwGr 8 DSGVO.

einheitlichen und von der zweiten Variante durch das „oder“ erkennbar abgetrennten Tatbestand der Einschränkung bildet.<sup>90</sup>

Da der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfs ausdrücklich und allein auf Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO als verfolgtes Ziel für die Einschränkung des Widerspruchsrechts verweist, liegt es nahe, dieses Ziel auch der Regelung des § 35 Var. 2 HDSIG-E zugrunde zu legen. Die Einschätzung, dass die Regelung des § 35 Var. 2 HDSIG-E ebenso wie der wortgleiche § 36 Var. 2 BDSG n.F. nicht an die Ziele des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO anknüpfen würde<sup>91</sup>, kann nicht geteilt werden. Dem Gesetzgeber ging es ersichtlich darum, durch die Einschränkung des Widerspruchsrechts die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung sicherzustellen, indem in Fällen, in denen die eine Rechtsvorschrift die öffentliche Stelle zur Verarbeitung personenbezogener Daten verpflichtet, nicht eine andere Rechtsvorschrift – hier das Widerspruchsrecht Betroffener nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO – diese Pflicht ausschließt und die Verwaltung dadurch in einen unauflösbaren Widerspruch der Verhaltensanforderungen gerät. Die Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist durchaus ein „wichtiges Ziel des allgemeinen öffentlichen Interesses“ im Sinne des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO. Ob Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO allerdings zu einer derart weitreichenden mitgliedstaatlichen Regelung ermächtigt, wie die Einschränkung des Widerspruchsrechts in allen Fällen, in denen eine Rechtsvorschrift zur Verarbeitung verpflichtet, ist fraglich. Dies liegt daran, dass über die Zwischenschritte von Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO und § 35 Var. 2 HDSIG-E das Widerspruchsrecht – jedenfalls für den öffentlichen Bereich – nahezu vollständig zur Disposition mitgliedstaatlicher Gesetzgeber gestellt wird.<sup>92</sup> Ordnet der (Bundes- oder Landes-)Gesetzgeber in einer Vorschrift die Pflicht öffentlicher Stellen zur Verarbeitung personenbezogener Daten an, gilt automatisch die Einschränkung des Widerspruchsrechts nach § 35 Var. 2 HDSIG-E. Das Widerspruchsrecht über Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO derart weitreichend dem Ausgestaltungsbedürfnis des nationalen Gesetzgebers zu stellen, würde jedoch die Versuche des Verordnungsgebers konterkarieren, dem aus sich heraus offen formulierten Ziel des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO durch Regelbeispiele Struktur zu geben und mitgliedstaatlicher Regelungsbefugnis hierdurch Grenzen zu setzen. So führt der Verordnungsgeber als Regelbeispiele eines sonstigen wichtigen mitgliedstaatlichen öffentlichen Interesses „wichtige wirtschaftliche oder finanzielle Interessen“ an, die er wiederum dadurch konkretisiert, dass sie im „Währungs-, Haushalts-, und Steuerbereich“ sowie im Bereich der öffentlichen Gesundheit und der sozialen Sicherheit zu liegen hätten, also Bereichen eines gesteigerten öffentlichen Interesses an der finanziellen Stabilität und an existentiellen Bereichen der Daseinsvorsorge. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als überspannendes öffentliches Interesse kann diesem durch die Verordnung vorgegebenen Konkretisierungsgrad nicht genügen. Es lässt sich in dieser Pauschalität auch keinem anderen genannten Ziel des Art. 23 Abs. 1 DSGVO zuordnen, sind diese doch ebenfalls durch einen hohen Konkretisierungsgrad geprägt, der in der Zusammenschau mit Art. 23

<sup>90</sup> Diesen Befund bestätigt der Blick in die Gesetzesbegründung, wonach der Gesetzgeber selbst von einer eigenständigen Variante ausgeht (vgl. „Darüber [§ 35 Var. 1 HDSIG-E] hinaus ist das Recht auf Widerspruch ausgeschlossen, wenn eine Rechtsvorschrift zur Verarbeitung verpflichtet.“

<sup>91</sup> So Schantz in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 1. Auflage 2017, Rn. 1232: „Letztlich stellt § 36 2. Alt. BDSG nF das Widerspruchsrecht pauschal zur Disposition des nationalen Gesetzgebers, ohne an die Ziele des Art. 23 Abs. 1 DSGVO anzuknüpfen [...]“.

<sup>92</sup> Insoweit zutreffend: Schantz in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 1. Auflage 2017, Rn. 1232.

Abs. 1 lit. e DSGVO („sonstige wichtige allgemeine öffentliche Interessen“) deutlich wird.<sup>93</sup> Der Gesetzgeber muss bei Einschränkungen des Widerspruchsrechts nach Art. 23 Abs. 1 DSGVO jedenfalls spezifischere öffentliche Interessen verfolgen als die Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Damit macht der Gesetzgeber zwar von der Einschränkungsmöglichkeit des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO Gebrauch, hält dabei jedoch die Grenzen seiner Regelungsbefugnis nicht ein, weshalb § 35 Var. 2 HDSIG-E mangels hinreichend bestimmtem Ziel der Einschränkung des Widerspruchsrechts Betroffener unionsrechtswidrig ist.

*Auch § 35 Var. 2 HDSIG-E sollte ersatzlos gestrichen werden, weil die Konkretisierung der Zielsetzung den Zielen des Art. 23 Abs. 1 DSGVO nicht genügt.*

#### *IV. Rechtliche Würdigung ausgewählter Vorschriften des HDSIG-E mit Bezug zur JI-Richtlinie*

##### **1. § 41 HDSIG-E**

In § 41 HDSIG-E sieht der Gesetzesentwurf eine Formulierung der in Art. 3 JI-RL vorgesehenen Begriffsbestimmungen vor. Neben der wörtlichen Übernahme der in Art. 3 JI-RL vorgegebenen Begriffsbestimmungen ergänzt der Gesetzgeber diese um Definitionen der Einwilligung und der besonderen Kategorien personenbezogener Daten, die in dieser Form nicht in Art. 3 JI-RL enthalten sind.

Zwar geht der Richtlinienggeber grundsätzlich davon aus, dass die Einwilligung im Anwendungsbereich der Richtlinie zumeist mangels Freiwilligkeit keine hinreichende Rechtsgrundlage der Verarbeitung personenbezogener Daten sein könne<sup>94</sup>, schließt dies jedoch nicht für jeden Fall aus<sup>95</sup>. Daher sei es zulässig, wenn die Mitgliedstaaten entsprechende Vorschriften zum einwilligungsbasierten Datenumgang im Anwendungsbereich der JI-Richtlinie erlassen<sup>96</sup>. Ist es Mitgliedstaaten überlassen, Vorschriften zum einwilligungsbasierten Datenumgang im Anwendungsbereich der JI-Richtlinie vorzusehen, muss hierzu erst recht die Aufnahme einer Begriffsbestimmung der Einwilligung gerechnet werden. Dass in § 41 Nr. 17 HDSIG-E die Begriffsbestimmung der Einwilligung aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO übernommen wurde, ist im Sinne einheitlicher Begriffsbildung aus systematischer Sicht zu begrüßen. Etwaige zur vergleichbaren Regelung in § 46 Nr. 17 BDSG n.F. vorgebrachte Bedenken, wonach mit der Übernahme der Einwilligungsdefinition aus der DSGVO besonders strenge Anforderungen statuiert würden<sup>97</sup>, können nicht geteilt werden<sup>98</sup>. Die zurückhaltende Formulierung des ErwGr 35 S. 6 JI-RL zur Möglichkeit, Datenverarbeitungsvorgänge im Regelungsbereich der JI-Richtlinie auf die Einwilligung Betroffener zu stützen („[...] sollte die Einwilligung [...] keine

<sup>93</sup> Hier liegt auch der Unterschied zu § 20 Abs. 5 S. 2 BDSG aF, der auf Art. 14 lit. a S. 1 HS. 2 DSRL gründete. Die in Art. 14 lit. a S. 1 HS. 2 DSRL vorgesehene pauschale Einschränkungsmöglichkeit des Widerspruchsrechts aufgrund entgegenstehender mitgliedstaatlicher Rechtsvorschrift wurde in der DSGVO gerade nicht übernommen; siehe zu diesem historisch-teleologischen Argument für die Unionsrechtswidrigkeit des § 35 Var. 2 HDSIG-E bzw. § 36 Var. 2 BDSG n.F.: Schantz in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 1. Auflage 2017, Rn. 1232.

<sup>94</sup> ErwGr 35 S. 4 JI-RL.

<sup>95</sup> ErwGr 35 S. 6 JI-RL.

<sup>96</sup> ErwGr 35 S. 6 JI-RL.

<sup>97</sup> BR Drs. 110/17 (B), S. 43.

<sup>98</sup> So schon: Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 93 zu § 46 Nr. 17 BDSG n.F.

rechtliche Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden darstellen.“), zeigt, dass nicht nur der Anwendungsbereich, sondern auch die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung aus Sicht des Richtliniengebers sehr restriktiv gehandhabt werden sollten. Auch die Aufnahme einer Begriffsbestimmung zu besonderen Kategorien personenbezogener Daten, die sich vergleichbar in Art. 9 Abs. 1 DSGVO findet, ist zulässig.

## 2. § 44 HDSIG-E

In der Plenardebatte wurde die Besorgnis geäußert, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz bei der Umsetzung der JI-Richtlinie nicht hinreichend beachtet worden sein könnten. Dabei dürfte, wenngleich nicht explizit angesprochen, § 44 HDSIG-E im Mittelpunkt der Kritik stehen. Tatsächlich findet sich die zentrale Vorgabe aus dem vorgenannten Urteil des BVerfG, namentlich die besonders strenge Zweckbindung<sup>99</sup> im Umgang mit solchen Daten, die aus besonders eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen<sup>100</sup> erhoben wurden, nicht im Normtext des § 44 HDSIG-E wieder. Der Landesgesetzgeber ist in § 44 HDSIG-E tatsächlich nicht über die (Mindest-)Vorgaben von Art. 4 Abs. 1 JI-RL hinausgegangen. Die Problematik ist dem Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs gleichwohl bewusst. Er geht allerdings davon aus, dass diese spezifischen verfassungsrechtlichen Vorgaben, zu denen übrigens auch die besonderen Anforderungen an den Umgang mit kernbereichssensiblen Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsmöglichkeiten zählen dürften, in den entsprechenden Fachgesetzen, nicht jedoch im HDSIG-E umgesetzt werden müssten und umgesetzt würden. Diese Auffassung des Gesetzgebers kann geteilt werden.

Eine Regelung dieses besonders strengen Voraussetzungen unterworfenen Datenumgangs ist im HDSIG-E nicht angezeigt. Vielmehr eröffnet die JI-Richtlinie weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten durch mitgliedstaatliches Recht, um einen strengeren Schutz der Rechte und Freiheiten Betroffener im Umgang mit ihren personenbezogenen Daten zu gewährleisten.<sup>101</sup> Diese Gestaltungsmöglichkeiten müssen nicht zwingend innerhalb des HDSIG-E genutzt und verwirklicht werden.<sup>102</sup> Zudem können jedenfalls solche Regelungen, die einen höheren Schutz Betroffener bewirken, als in der JI-Richtlinie vorgesehen – hierzu gehören in jedem Fall die Regelungen zum Kernbereichsschutz – weiterhin Geltung beanspruchen und bestehen bleiben.

Damit ist zwar der Befund, die §§ 40 – 79 HDSIG-E enthielten keine Regelungen, die den Vorgaben der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung und den Vorgaben des BVerfG Urteils zum BKA-Gesetz genügten zutreffend; gleichwohl ist die rechtliche Besorgnis, das erforderliche Schutzniveau würde hierdurch ausgehöhlt, unbegründet.

<sup>99</sup> Das BVerfG spricht insoweit vom Grundsatz „hypothetischer Datenneuerhebung“, wonach Zweckänderungen in Hinblick auf solche Daten nur dann zulässig sein sollen, wenn sie zum neuen Verarbeitungszweck auch hypothetisch neu erhoben werden könnten, BVerfG NJW 2016, S. 1781, Rn. 287.

<sup>100</sup> Nicht zwingend kernbereichsrelevanten Daten.

<sup>101</sup> Insoweit sei nochmals auf die ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit strengerer Garantien und damit strengeren Schutzes Betroffener durch mitgliedstaatliches Recht hingewiesen, Art. 1 Abs. 3 JI-RL sowie ErwGr 15 JI-RL.

<sup>102</sup> Albers, in: Wolff/Brink, Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, § 49 BDSG n.F., Rn. 9.

### 3. § 46 HDSIG-E

§ 46 HDSIG-E ist – insoweit § 51 BDSG n.F. vergleichbar – eine „Rahmenregelung“<sup>103</sup>, die aus sich heraus keine Grundlage für einwilligungsbasierte Datenverarbeitungen zu Zwecken der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bildet. Mit dieser Norm statuiert der Gesetzgeber allein bestimmte Modalitäten für Wirksamkeit von Einwilligungen in Datenverarbeitungsvorgänge zu Zwecken von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Damit wird zugleich vorausgesetzt, dass besondere Rechtsvorschriften einwilligungsbasierte Datenverarbeitungsvorgänge zu den genannten Zwecken erlauben<sup>104</sup>. Auf den ersten Blick mag an der Richtlinienkonformität der Norm gezweifelt werden, da Art. 8 JI-RL allein die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Erfüllung der in Art. 1 Abs. 1 JI-RL genannten Zwecke auf einer entsprechenden (mitgliedstaatlichen) Rechtsgrundlage als Rechtfertigungsgrund kennt. Die Einwilligung wird nicht als Rechtfertigungsgrund angeführt.<sup>105</sup> Werden die Rechtfertigungsgründe durch mitgliedstaatliche Regelungen erweitert, so ist grundsätzlich zu befürchten, dass das Schutzniveau der JI-RL durch mitgliedstaatliches Recht unzulässig abgesenkt wird, abgesehen davon, dass es zu einem unterschiedlichen, nicht mehr der Harmonisierung entsprechenden Rechtszustand in den verschiedenen Mitgliedstaaten kommt. Allerdings geht – wie schon zuvor dargelegt – der Richtlinienggeber ausweislich ErwGr. 35 JI-RL selbst davon aus, dass einwilligungsbasierte Datenumgänge dem Grunde nach auch im Anwendungsbereich der JI-RL möglich sind; an der Richtlinienkonformität des § 46 HDSIG-E bestehen insofern keine Zweifel.

Die seitens des Gesetzgebers praktizierte Verbindung von Elementen des Art. 7 DSGVO mit Elementen des § 7 Abs. 2 HDSG a.F. begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Sieht die JI-Richtlinie keine Begriffsbestimmung der Einwilligung vor, steht einem einwilligungsbasierten Datenumgang auf Grundlage mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften jedoch auch nicht entgegen, fällt die Ausgestaltung der Einwilligungsvoraussetzungen grundsätzlich in den Wertungs- und Gestaltungsbereich der Mitgliedstaaten.

Von den in ErwGr 35 S. 6 a.E. genannten Beispielen bestimmter Konstellationen, in denen der Richtlinienggeber die Möglichkeit eines einwilligungsbasierten Datenumgangs im Anwendungsbereich der JI-Richtlinie zu erkennen scheint<sup>106</sup>, sollte gleichwohl nicht uneingeschränkt Gebrauch gemacht werden. Insbesondere sollten diese Beispiele nicht ohne weiteres als Regelbeispiele vermuteter Freiwilligkeit in § 46 Abs. 4 HDSIG-E hineingelesen werden. Vielmehr ist in jenen Fällen allenfalls dann von hinreichender Freiwilligkeit der Betroffenenentscheidung auszugehen, wenn die DNA-Untersuchung oder die elektronische Fußfessel etwa mildere Maßnahmen im Vergleich zu anderen, der verantwortlichen Stelle ohnehin eröffneten Eingriffsbefugnissen darstellen: Wenn etwa die DNA-Untersuchung milder ist als eine Blutuntersuchung oder die Informationserhebung über eine Fußfessel milder ist als die Ingewahrsamnahme.<sup>107</sup> An Freiwilligkeit in Fällen

<sup>103</sup> Stemmer/Wolff, in: Wolff/Brink, Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, § 51 BDSG n.F., Rn. 1.

<sup>104</sup> In der Gesetzesbegründung setzt der Gesetzgeber voraus, dass der einwilligungsbasierte Datenumgang durch fachgesetzliche Rechtsvorschriften erlaubt wird.

<sup>105</sup> So zum wortgleichen § 51 BDSG n.F.: Stemmer/Wolff, in: Wolff/Brink, Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, § 51 BDSG n.F., Rn. 3.

<sup>106</sup> Ausdrücklich angesprochen werden DNA-Untersuchungen sowie der Einsatz elektronischer Fußfesseln.

<sup>107</sup> So schon Stemmer/Wolff, in: Wolff/Brink, Beck'scher OK DatenschutzR, 22. Edition 2017, § 51 BDSG n.F., Rn. 4 zum vergleichbaren § 51 BDSG n.F., mit ebenjenen Beispielen und Einschränkungen; dagegen, dass Freiwilligkeit bei der Entscheidung über Fußfessel oder Strafhaft

der DNA-Untersuchung ist außerdem dann zu denken, wenn und soweit es sich um DNA-Massenuntersuchungen handelt, bei denen die Freiwilligkeit der Mitwirkung nachdrücklich betont wird.<sup>108</sup>

#### 4. § 52 HDSIG-E

##### a) § 52 Abs. 2 HDSIG-E

Nach § 52 Abs. 2 HDSIG-E besteht ein Auskunftsrecht Betroffener in solchen Fällen nicht, in denen personenbezogene Daten nur deshalb verarbeitet werden, weil sie aufgrund gesetzlicher Aufbewahrungsvorschriften nicht gelöscht werden dürfen, oder die ausschließlich Zwecken der Datensicherung, der Datenschutzkontrolle oder der Sicherstellung des ordnungsgemäßen Betriebs einer Datenverarbeitungsanlage dienen. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs strebt der Gesetzgeber mit § 52 HDSIG-E insgesamt eine Umsetzung der Artt. 14 und 15 JI-RL an. Da hierdurch das Auskunftsrecht Betroffener eingeschränkt wird, ist angesichts des Charakters der JI-Richtlinie als Mindestharmonisierung ohne Abweichungsmöglichkeiten zur Unterschreitung des vorgegebenen Schutzniveaus besondere Vorsicht geboten.

Grundsätzlich sieht die JI-Richtlinie nur dann einen Spielraum für Einschränkungen des Auskunftsrechts, wenn diese Einschränkung den Zielen des Art. 15 Abs. 1 lit. a – e JI-RL dient. Die Verarbeitung zu Zwecken gesetzlich vorgeschriebener Aufbewahrung ist in Art. 15 Abs. 1 lit. a bis lit. e JI-RL jedoch ebenso wenig genannt wie die zulässigen Zwecke der Datensicherung, Datenschutzkontrolle oder die Sicherstellung des ordnungsgemäßen Betriebs einer Datenverarbeitungsanlage. Damit ist von einer Unterschreitung des Schutzniveaus in der Wirkung auszugehen, die keinem der hierfür abschließend vorgegebenen Zielen dient, sondern vielmehr der Arbeitserleichterung bzw. der Vermeidung von Aufwand für die verantwortliche Stelle.<sup>109</sup>

Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Norm überhaupt in den Regelungsbereich der JI-RL fällt. Ausweislich Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 JI-RL umfasst deren Anwendungsbereich allein Datenverarbeitungen zu Zwecken „der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit.“ Da hiernach der Anwendungsbereich nicht an bestimmte Behörden, sondern an bestimmte Verarbeitungszwecke anknüpft, liegt es nahe, bei Verarbeitungen durch grundsätzlich mit den genannten Zwecken betrauten Behörden, die atypisch nicht den vorgenannten Zwecken dienen, den Anwendungsbereich der JI-RL zu verneinen. In der Konsequenz gelte dann die DSGVO. Ganz in diesem Sinne beschränkt § 40 Abs. 1 S. 2 HDSIG-E den Anwendungsbereich der in Umsetzung der JI-RL ergangenen Vorschriften des dritten Teils nur auf solche Verarbeitungen, die den in § 40 Abs. 1 S. 1 HDSIG-E genannten Zwecken dienen.

Innerhalb der DSGVO sind Beschränkungen des Auskunftsrechts im Rahmen des Art. 23 Abs. 1 lit. e und h DSGVO auch dann möglich, wenn die Auskunftserteilung entweder mit

denkbar ist und insofern dafür, dass es sich bei diesem Beispiel um ein „völlig verfehltes“ handelt: Paal, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 51 BDSG n.F., Rn. 2.

<sup>108</sup> Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 51 BDSG n.F., Rn. 2.

<sup>109</sup> So zum wortgleichen § 57 Abs. 2 BDSG n.F.: Paal, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 57 BDSG n.F., Rn. 7.

besonderen finanziellen Belastungen der verantwortlichen Stelle verbunden ist<sup>110</sup> oder zur Sicherstellung der Wahrnehmung von Kontroll-, Überwachungs- und Ordnungsfunktionen durch verantwortliche Stellen zu unterbleiben hat. Die genannten Zwecke des § 52 Abs. 2 HDSIG-E legen nahe, dass hierbei das Ziel des Art. 23 Abs. 1 lit. h DSGVO angestrebt wird. Damit wäre die Regelung des § 52 Abs. 2 HDSIG-E nicht in jedem Fall unionsrechtswidrig, wohl aber dann, wenn sie – wie es die Begründung des Gesetzentwurfs nahelegt – allein als Regelung zur Umsetzung der Art. 14 und 15 JI-RL begriffen würde. Dass der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs einen Gleichlauf dieser Regelung mit § 33 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E angestrebt hat, zeigt, dass eine unzureichende Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen der DSGVO und der JI-RL vorliegt.

Der Unterschied zu § 45 HDSIG-E, der ebenfalls eine Verarbeitung zu Zwecken erlaubt, die auf den ersten Blick nicht mit den in Art. 1 Abs. 1 JI-RL identisch sind, liegt darin, dass die JI-RL diese Zwecke über Art. 4 Abs. 3 JI-RL ausdrücklich in den Anwendungsbereich der RL einbezieht. Dagegen fallen die zuvor genannten Zwecke etwa der Datensicherung und Datenschutzkontrolle weder grundsätzlich in den Anwendungsbereich der JI Richtlinie, noch wurden sie ausnahmsweise und ausdrücklich in ihren Anwendungsbereich einbezogen.

*Statt von der Umsetzungspflicht und der Regelungsbefugnis nach Artt. 14 und 15 JI-RL sollte für § 52 Abs. 2 HDSIG-E von der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 lit. h DSGVO Gebrauch gemacht werden; dies ist in den Materialien kenntlich zu machen.*

#### b) § 52 Abs. 3 HDSIG-E

Hier macht der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfs deutlich, dass diese Norm außerhalb des Anwendungsbereichs der JI-RL liegt. Liegt die Datenverarbeitung außerhalb der JI-RL, bedeutet dies nicht, dass sie etwa in einem unionsrechtsfreien<sup>111</sup> Raum stattfände. Stattdessen greift die DSGVO, die auch für die nicht-automatisierte Datenverarbeitung gilt, Art. 2 Abs. 1 DSGVO. Beschränkungen von Auskunftsrechten – als solche stellt sich die Regelung des § 52 Abs. 3 HDSIG-E dar – müssen damit den Anforderungen des Art. 23 DSGVO genügen und insbesondere einem der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO abschließend aufgezählten Ziele dienen. Entsprechende Hinweise darauf, welchem der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO aufgezählten Ziele die Einschränkung des Auskunftsrechts in § 52 Abs. 3 HDSIG-E dient, sind weder dem Normtext noch der Begründung des Gesetzentwurfs zu entnehmen. Angesichts der besonderen Form der Speicherung in Fällen des § 52 Abs. 3 HDSIG-E liegt wiederum das Ziel des Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO nahe.<sup>112</sup>

#### 5. § 60 HDSIG-E

Anders als der Bundesgesetzgeber in § 65 Abs. 1 BDSG n.F. differenziert der Landesgesetzgeber bei der Regelung des § 60 Abs. 1 S. 1 HS. 2 HDSIG-E zutreffend zwischen dem Risiko, wie es in Art. 30 Abs. 1 JI-RL verwendet wird, und Gefahr, wie es

<sup>110</sup> Siehe hierzu exemplarisch oben unter § 34 Abs. 1 HDSIG-E.

<sup>111</sup> Zum Begriff: Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, 2. Auflage 2018, § 23 BDSG n.F., Rn. 1.

<sup>112</sup> Siehe wiederum die parallele Problematik in § 34 Abs. 1 HDSIG-E.

§ 65 Abs. 1 BDSG n.F. verwendet.<sup>113</sup> Die im föderalen System nicht nur mögliche, sondern auch gebotene Loslösung von der Formulierung des § 65 Abs. 1 S. 1 HS. 2 BDSG n.F., um eine sprachliche Engführung am Maßstab des Art. 30 Abs. 1 JI-RL zu ermöglichen, ist ausdrücklich zu begrüßen.

## V. Zusammenfassung

### 1. Zur DSGVO

- Es sollte in den Materialien deutlich hervortreten, dass das HDSIG eine Regelungsbefugnis für Mitgliedstaaten innerhalb des Art. 6 Abs. 1 DSGVO, ausweislich des Wortlautes des Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. b und Abs. 2 DSGVO, nur zur Ausgestaltung von Datenverarbeitungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e DSGVO anerkennt und sich dazu konform verhält.

- Der Normwortlaut des § 4 Abs. 1 HDSIG-E sollte die Möglichkeit anderer, gerade auch speziellerer, Rechtsgrundlagen widerspiegeln, indem das Wort „nur“ durch „insbesondere“ ersetzt wird.

- § 4 Abs. 1 HDSIG-E ist dahingehend zu ändern, dass die öffentlichen Interessen gegenüber dem schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen müssen.

- § 4 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E sollte entweder gestrichen oder jedenfalls durch Regelbeispiele präzisiert werden<sup>114</sup>, damit gerade in Zusammenschau mit § 4 Abs. 1 Nr. 2 HDSIG-E deutlich wird, welcher Anwendungsbereich dieser Norm zukommen soll. Dies gilt gerade im Hinblick auf eingriffsintensive Maßnahmen im Präventivbereich.

- § 4 Abs. 1 Nr. 3 sollte ersatzlos gestrichen werden.

- Der Wortlaut von § 4 Abs. 2 „frühestmöglicher Zeitpunkt“ sollte an den Wortlaut des Art. 13 DSGVO angepasst werden („zum Zeitpunkt der Erhebung“). § 4 Abs. 2 HDSIG-E ist zu ergänzen um die Aufklärung über den Zweck. Sollte der Gesetzgeber dies entgegen der hier vertretenen Ansicht für entbehrlich halten, sollte § 4 Abs. 2 HDSIG-E deutlich benennen, in welchen Beobachtungssituationen aus welchen Gründen auf die Zweckbenennung gegenüber der betroffenen Person – und zwar den in Art. 23 DSGVO genannten – verzichtet wird. Darüber hinaus sollte wenigstens aus den Materialien hervorgehen, dass § 4 Abs. 2 HDSIG-E von den Anforderungen des Art. 13 DSGVO abweicht und auf welcher Grundlage diese Abweichung erfolgt, insbesondere welchen Zielen innerhalb des Art. 23 Abs. 1 DSGVO die Einschränkung der Informationspflichten dient.

- Soweit die Normen auf Art. 6 Abs. 3 lit. b, Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c bzw. lit. e DSGVO gestützt werden, sind jedenfalls Präzisierungen im vorgenannten Sinne wie bei § 4 Abs. 1 HDSIG-E erforderlich.

<sup>113</sup> Zu dieser Problematik in Hinblick auf § 65 Abs. 1 S. 1 HS. 2 BDSG n.F.: Innenausschuss Protokoll-Nr. 18/110 zum BDSG (Stellungnahme Piltz), S. 94.

<sup>114</sup> Beispielhaft sei auf die präzisere Ausgestaltung der verfolgten öffentlichen Interessen im Entwurf zum BayDSG verwiesen, vgl. Art. 24 Abs. 1 BayDSG.

- § 4 sollte einen Abs. 5 erhalten: Eine zulässige Videoüberwachung nach Abs. 1 darf, in Verbindung mit anderen zulässigen Videoüberwachungen, in einer Gesamtbetrachtung den öffentlichen Raum nicht vollständig oder überwiegend einer Beobachtung zuführen.

- Die Formulierung in § 20 HDSIG-E „abweichend von Art. 9 Abs. 1 DSGVO“ sollte verändert werden in z.B. „in Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 1 und Abs. 4 DSGVO“.

Der Gesetzgeber sollte deutlichere Konkretisierungen in § 20 Abs. 1, mindestens in Nr. 2, HDSIG-E im Einklang mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 DSGVO vornehmen. Dazu können auch Regelbeispiele gehören, etwa bei § 20 Abs. 1 Nr. 4 a) HDSIG-E. § 20 Abs. 1 Nr. 4 HDSIG-E sollte dahingehend explizit konkretisiert werden, dass bei Verarbeitung biometrischer Daten zu Zwecken der eindeutigen Identifikation Betroffener ein erhebliches öffentliches Interesse anzunehmen ist.

- Die Materialien zu Art. 21 Abs. 1 HDSIG-E sollten dahingehend angepasst werden, die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 4 um Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 DSGVO zu erweitern, da ein bloßes Abstützen der Regelung auf Art. 6 Abs. 4 i.V.m. ErwGr 50 DSGVO als unionsrechtswidrig einzustufen ist, zumal sich der hessische Landesgesetzgeber tatsächlich auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Var. 2, Abs. 2 und Abs. 3 DSGVO stützen kann.

- Wünschenswert für § 21 Abs. 1 Nr. 1 HDSIG-E wäre eine – etwa durch Regelbeispiele erläuternde – Klarstellung, wann von der „Offensichtlichkeit“ auszugehen ist.

- § 21 Abs. 1 Nr. 3 HDSIG-E ist zu konkretisieren, um den Bestimmtheitsanforderungen im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl“ nachzukommen.

- Im Sinne der Normenklarheit sollte bei § 22 HDSIG-E der enge Bezug der Übermittlung mit der Verarbeitung zu „anderen Zwecken“ Eingang in den Normtext finden, um von der originären Zweckausrichtung auf Übermittlung zu unterscheiden.

- § 22 Abs. 2 Nr. 2 HDSIG-E ist dahingehend zu reformulieren, dass klare Tatbestände überwiegende Interessen festlegen; eine offene Abwägung ist nicht gestattet.

- § 22 Abs. 2 Nr. 3 HDSIG-E ist zu konkretisieren, welche rechtlichen Ansprüche und welcher Grad der Erforderlichkeit gemeint ist. Dabei ist den Rechten der Betroffenen Rechnung zu tragen.

- Daher ist § 24 um Konkretisierungen der Absicherung der Rechte der Betroffenen zu ergänzen, um die Garantien und Bedingungen der DSGVO zu integrieren.

- § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) ist auf zivilrechtliche Ansprüche zu beschränken.

- In Bezug auf § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 d) und Nr. 2 e) HDSIG-E fehlt es an einer Zielsetzung, anhand derer sich die Einschränkung der Informationspflichten messen und näher bestimmen lässt. Nr. 2 d) ist hinsichtlich der Reichweite der Ansprüche einzuschränken. Der Begriff der „Nachteile“ in Nr. 2 e) ist zu unspezifisch und gegenüber den Interessen und Rechten der Betroffenen in dieser Breite nicht stets überwiegend.

- § 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HDSIG-E sollte – angesichts des Umstands, dass der Gesetzgeber von den Einschränkungsmöglichkeiten nach Art. 23 Abs. 1 lit. a bis lit. e DSGVO bereits Gebrauch gemacht hat und angesichts der fehlenden Konkretisierung und Abgrenzung – ersatzlos gestrichen werden.

- Da angesichts der Kontroll-, Ordnungs- und Überwachungsfunktion gesetzlicher Aufbewahrungsvorschriften ebenso wie der Verarbeitungen zu Zwecken der

*Datensicherung und Datenschutzkontrolle die Gewährleistung der Ziele von Art. 23 Abs. 1 lit. h DSGVO nahe liegt, sollte der Gesetzgeber prüfen, ob die Einschränkungen des Auskunftsrechts durch § 33 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) HDSIG-E nicht auf jene Norm gestützt werden können. Bejahendenfalls sollte dann Art. 23 Abs. 1 lit. h DSGVO als Grundlage der Einschränkung des Auskunftsrechts in § 33 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) HDSIG-E in der Begründung des Gesetzentwurfs benannt werden. Sollte der Gesetzgeber hingegen mit § 33 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) HDSIG-E tatsächlich keines der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele verfolgt haben, ist die erstgenannten Norm unionsrechtswidrig und zu streichen.*

*- Der Gesetzgeber sollte überprüfen, ob die vorgesehenen Einschränkungen des § 34 Abs. 1 HDSIG-E nicht auf Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO gestützt werden könnten, um dann die Zielvorgabe entsprechend anzupassen. Anderenfalls ist die dann unionsrechtswidrige Norm zu streichen.*

*- § 34 Abs. 1 ist im Hinblick auf die Begrifflichkeit der „nicht automatisierten Datenverarbeitung“ an die Begrifflichkeit der DSGVO, insbesondere Art. 4 Nr. 6 DSGVO, anzupassen. Angesichts der weitgehenden Bedeutungslosigkeit der Vorschrift ist ihre ersatzlose Streichung zu bedenken.*

*- § 35 Var. 1 HDSIG-E ist aus Klarstellungsgründen zur Vermeidung einer Europarechtswidrigkeit zu streichen.*

*- Auch § 35 Var. 2 HDSIG-E sollte ersatzlos gestrichen werden, weil die Konkretisierung der Zielsetzung den Zielen des Art. 23 Abs. 1 DSGVO nicht genügt.*

## **2. Zur JI-Richtlinie**

*- Statt von der Umsetzungspflicht und der Regelungsbefugnis nach Artt. 14 und 15 JI-RL sollte für § 52 Abs. 2 HDSIG-E von der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 lit. h DSGVO Gebrauch gemacht werden; dies ist in den Materialien kenntlich zu machen.*