

Prof. Dr. Meinhard Schröder

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht
und Informationstechnologierecht



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
20(4)450 D

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat
Herrn stv. Vorsitzenden
Prof. Dr. Lars Castellucci MdB

- per Email -

Telefon | Prof. Dr. Meinhard Schröder
0851 509-2381

Telefax | 0851 509-2382

E-Mail | Meinhard.Schroeder
@uni-passau.de

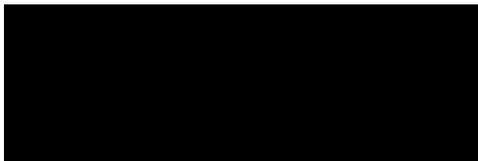
Datum | 20.6.2024

**Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes
(BT-Drucksache 20/10859)**

Sehr geehrter Herr Professor Castellucci,

als Anlage übersende ich die erbetene Stellungnahme zum o.g. Gesetzentwurf. Aufgrund der kurzfristigen Anfrage konnte ich nur zu einigen ausgewählten Punkten Stellung nehmen. Fragen beantworte ich gerne in der Sitzung, an der ich leider aufgrund anderweitiger universitärer Verpflichtungen nur online teilnehmen kann.

Mit freundlichen Grüßen



**Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes
zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes
(BT-Drucksache 20/10859)**

Prof. Dr. Meinhard Schröder, Universität Passau

Vorbemerkung

Der Rahmen für Änderungen des Bundesdatenschutzgesetzes wird einerseits durch das Unionsrecht, andererseits durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes bestimmt.

Aus unionsrechtlicher Perspektive ist vor allem zu berücksichtigen, dass mit der Datenschutzgrundverordnung¹ grundsätzlich eine **Vollharmonisierung** des europäischen Datenschutzrechts bezweckt wird (insbes. Erwägungsgrund Nr. 10) und mitgliedstaatliches Datenschutzrecht insoweit nur noch zulässig ist, wo die Datenschutzgrundverordnung **Regelungsaufträge, Öffnungs- oder Spezifizierungsklauseln** enthält. Im Anwendungsbereich der sog. JI-Richtlinie² ist dagegen eine umfassende mitgliedstaatliche Gesetzgebung erforderlich, die den allgemeinen Anforderungen an die Umsetzung von europäischen Richtlinien genügen muss.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist vor allem die **Kompetenzverteilung** zu beachten. Da das Grundgesetz dem Bund keine ausdrückliche Kompetenz für die Regelung des Datenschutzrechts zuweist und in Abwesenheit einer solchen Zuweisung die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt (Art. 30, 70, 83 GG), besteht für den Bund nur dann eine Gesetzgebungskompetenz, wenn die Ausübung anderer Kompetenzen eine „Mitregelung“ des Datenschutzrechts im Sinne einer **Kompetenz kraft Sachzusammenhangs** erfordert.³

Für das materielle Datenschutzrecht im Bereich **nicht-öffentlicher Stellen** wird seit jeher auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) zurückgegriffen; die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erscheinen insoweit, wie auch die Entwurfsbegründung annimmt,⁴ aus Gründen der Rechts- und Wirtschaftseinheit gegeben. Der **Vollzug** dieses Rechts liegt – genauso wie des an seine Stelle tretenden Unionsrechts – in den Händen der **Länder**, die daher Einrichtung und Verfahren der (Datenschutzaufsichts-) Behörden regeln müssen (Art. 83, 84 Abs. 1 S. 1 GG). Theoretisch wäre es hier möglich, den Ländern unter Berufung auf Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG bundesrechtliche Vorgaben zu machen, von denen die Länder dann aber wieder abweichen könnten (Art. 84 Abs. 1 S. 3 GG). Soll die Abweichungsmöglichkeit ausgeschlossen werden, sind dafür nach Art. 83 Abs. 1 S. 5 GG rechtlich ein besonderes Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung und politisch nach Art. 83 Abs. 1 S. 6 GG die Zustimmung des Bundesrat erforderlich. Ob sich eine Konzentration der Aufsicht beim BfDI auf Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG stützen ließe, ist unklar, weil dieser keine selbständige Bundesoberbehörde,⁵

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1.

² Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. L 119/89.

³ BVerfGE 125, 260 (314).

⁴ BT-Drucksache 20/10859, S. 14.

⁵ A.A. Richter/Spiecker gen. Döhmman, Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung und Institutionalisierung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK 2.0), Rechtsgutachten im Auftrag der AG DSK 2.0, 2022, S. 36.

sondern eine oberste Bundesbehörde darstellt (und aus Gründen der europarechtlich geforderten „völligen Unabhängigkeit“ wohl auch darstellen muss); eine entsprechende Anwendung der Vorschrift erscheint aber diskutabel.

Für das materielle Datenschutzrecht im Bereich **öffentlicher Stellen des Bundes** lässt sich eine Gesetzgebungskompetenz entweder kraft Natur der Sache oder über den Umweg der Verwaltungskompetenzen herstellen: Wo Behördenorganisation und Verfahren durch den Bund geregelt werden, muss Datenschutz mitgeregelt werden. Daraus ergibt sich eine Regelungsbefugnis des Bundes für das materielle Datenschutzrecht im Bereich der bundeseigenen Verwaltung (Art. 86 GG). Die Kompetenz zum **Vollzug** dieses Rechts – genauso wie des an seine Stelle tretenden Unionsrechts – liegt ebenfalls beim **Bund**, der hierfür (vgl. § 9 Abs. 1 BDSG) den BfDI als oberste Bundesbehörde eingerichtet hat.⁶

Für das materielle Datenschutzrecht im Bereich **öffentlicher Stellen der Länder** lässt sich eine Regelungszuständigkeit des Bundes praktisch nicht annehmen. Allenfalls wäre punktuell unter Berufung auf die Akzessorietät dieses Datenschutzrechts zum Verwaltungsverfahren eine Regelung möglich, soweit der Bund auch das Verwaltungsverfahren gem. Art. 84 GG vereinheitlichen kann (aber nur, soweit die Länder Bundesrecht ausführen und auch dann nur mit Abweichungsbefugnis der Länder, die sich nur mit Zustimmung des Bundesrates ausschließen ließe, s.o.). Für den **Vollzug** des Datenschutzrechts der **Länder** – genauso wie des an seine Stelle tretenden Unionsrechts – sind ausnahmslos diese zuständig (Art. 30 GG).

Zu beachten ist schließlich der Grundsatz der getrennten Verfassungs- und Verwaltungsräume im Bundesstaat, aus dem – auch aus demokratischen und rechtsstaatlichen Erwägungen – ein grundsätzliches **Verbot der Mischverwaltung** resultiert.⁷ Ausnahmen davon – etwa in Form von Arbeitsgemeinschaften mehrerer Verwaltungsträger – sind nur zulässig, soweit sie in der Verfassung ausdrücklich vorgesehen sind oder aufgrund eines besonderen sachlichen Grundes und hinsichtlich einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie erforderlich erscheinen.⁸

Zu den konkret vorgeschlagenen Änderungen erscheinen – unter Berücksichtigung dieser Vorbemerkung – folgende Hinweise veranlasst:

Zur Neuregelung der Videoüberwachung (Artikel 1 Nr. 3 des Entwurfs)

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 4 BDSG-E auf öffentliche Stellen ist zu begrüßen. Die bisherige Regelung war aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auf nicht-öffentliche Stellen nicht anwendbar,⁹ erweckte aber den gegenteiligen Eindruck. Sie stand daher im Widerspruch zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normenwahrheit und Normenklarheit¹⁰. Nicht-öffentliche Stellen stützen ihre Videoüberwachung in aller Regel auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO (berechtigtes Interesse), der keine Öffnungs- oder Spezifizierungsklausel für die Mitgliedstaaten enthält und daher nicht durch Regelungen im BDSG eingeschränkt oder modifiziert werden kann.

Die vorgeschlagene neue Formulierung „nur zulässig, soweit sie zu ihrer Aufgabenerfüllung, einschließlich der Wahrnehmung ihres Hausrechts, erforderlich ist“ in § 4 BDSG-E versteht die Wahrnehmung des Hausrechts als Teil der Aufgabenerfüllung der Stellen. Die dem zugrundeliegende An-

⁶ Grundlage ist wohl ebenfalls Art. 87 Abs. 3 GG (analog), wobei die Entwicklung von der Einrichtung „beim“ BMI hin zur obersten Bundesbehörde soweit ersichtlich nicht verfassungsrechtlich diskutiert wurde.

⁷ BVerfGE 119, 331 (367, 370); 137, 108 (142 ff.); 139, 194 (226).

⁸ Vgl. *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 93. EL Juli 2020, Art. 83 Rn. 117.

⁹ So schon vor längerer Zeit BVerwGE 165, 111.

¹⁰ Dazu etwa BVerfG, 2 BvF 1/21, Rn. 81; BVerfGE 114, 196 Rn. 207.

nahme, „dass die Wahrnehmung des Hausrechts durch öffentliche Stellen Teil ihrer Aufgabenerfüllung ist“¹¹, trifft aber in dieser Pauschalität nicht zu und verkennt die in aller Regel dualistische Konstruktion des öffentlichen Sachenrechts¹². Nach der inzwischen wohl überwiegenden Auffassung greift das *öffentlichrechtliche* Hausrecht nur dann ein, wenn die Stelle den öffentlich-rechtlichen Widmungszweck sichern, beispielsweise ihre Funktionsfähigkeit schützen möchte. Daneben gibt es aber weiterhin das *privatrechtliche* Hausrecht, das öffentlichen Stellen wie Privaten infolge ihrer Eigentümerstellung an einer öffentlichen Sache zusteht.¹³ Letzteres unter den Begriff der „Aufgabenerfüllung“ zu subsumieren, erscheint kaum möglich. Damit ergibt sich (wenn man nicht davon ausgeht, dass eine Videoüberwachung immer auch dem Schutz der Aufgabenerfüllung dient), eine möglicherweise unbeabsichtigte Regelungslücke, denn ob eine öffentliche Stelle in dieser Situation auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO zurückgreifen kann, ist angesichts von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO zweifelhaft. Mit der neuen Formulierung wird die Möglichkeit für Stellen des Bundes, von einer **Videoüberwachung** zum Zwecke der Ausübung des Hausrechts Gebrauch zu machen, daher möglicherweise zu einem gewissen Grad **verengt**. Es sollte geprüft werden, ob dieses Ergebnis beabsichtigt ist.

Zur Institutionalisierung der Datenschutzkonferenz (DSK) (Artikel 1 Nr. 1 lit. c und Nr. 4)

Die DSK verfügt über eine jahrzehntelange Tradition. Sie wird rechtlich als **Arbeitsgemeinschaft** qualifiziert, die sich im Rahmen der notwendigen Selbstorganisation eine **Geschäftsordnung** gegeben hat. Der vorgeschlagene § 16a BDSG kodifiziert diesen Bestand.

Der Regelungsgehalt der Vorschrift erschöpft sich darin, eine Abschaffung der DSK oder eine Aufhebung ihrer Geschäftsordnung zu verhindern – beides will soweit ersichtlich niemand. Daher handelt es sich jedenfalls um eine **überflüssige Regelung**, die noch dazu – **legistisch unschön** – die einzige Vorschrift eines eigenen Kapitels bildet. Dem ließe sich allerdings abhelfen, wenn § 16a BDSG-E **mit weiteren Vorschriften kombiniert** würde – der Koalitionsvertrag der die Bundesregierung tragenden Parteien spricht davon, der DSK „rechtlich, wo möglich, verbindliche Beschlüsse ermöglichen“; gefordert wird auch immer wieder die Einrichtung einer Geschäftsstelle der DSK. Möchte der Gesetzgeber derartige Regelungen einführen, wäre Art. 16a BDSG-E als Einleitung eines ganzen Kapitels über die DSK sinnvoll.

Unabhängig davon stellt sich die Frage nach der **Vereinbarkeit von § 16a BDSG-E mit höherrangigem Recht**.

Die europäischen Vorgaben für die Organisation der Datenschutzaufsichtsbehörden lassen den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Option, mehrere Datenschutzbehörden einzurichten (Art. 51 Abs. 1 DSGVO, Art. 41 JI-RL), so dass sich – unabhängig von der wohl zu verneinenden Frage, ob es sich bei der DSK überhaupt um eine Aufsichtsbehörde i.S.d. europäischen Datenschutzrechts handelt – bei der Institutionalisierung der DSK durch § 16a BDSG-E jedenfalls um eine **von der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten gedeckte Konstruktion** handelt.

Verfassungsrechtlich ist allerdings zu berücksichtigen, dass die bisher völlig freiwillige Zusammenarbeit in der Arbeitsgemeinschaft DSK aufgrund des nun vorgeschlagenen § 16a BDSG verpflichtend wird. Auch wenn in der Praxis niemand eine Auflösung der DSK will, schreibt der Bund ihre Existenz nun verbindlich vor und zwingt die Länder zur Beteiligung an ihr. Die umfassende **Kompetenz des Bundes für diese Regelung** erscheint aber **zweifelhaft**. Die Annahme einer Annexkompetenz des Bundes zu Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, wie sie in einem Gutachten (bezogen auf verbindliche Beschlüsse

¹¹ So ausdrücklich die Begründung, BT-Drucksache 20/10859, S. 19.

¹² Vgl. statt vieler *Papier*, *Recht der öffentlichen Sachen*, 3. Aufl., 1998, S. 34 f.

¹³ Vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2019, 648; OVG Hamburg, NJW 2014, 1196 (1197); VGH Kassel, NJW 1990, 1250; BayVGH, DVBl. 1981, 1010 ff.

der DSK) vertreten wird,¹⁴ überzeugt nicht. Sie würde gerade den anerkannten Grundsatz, dass die Europäisierung die innerstaatliche Kompetenzverteilung unberührt lässt und auch mit Blick auf die Vollzugskompetenzen zu fragen ist, welcher Hoheitsträger hypothetisch, d.h. nach den grundgesetzlichen Vorgaben, gesetzgebungskompetent wäre,¹⁵ aushebeln. In letzter Konsequenz könnte die Berufung auf das zwar stets zu beachtende, in seinen konkreten Wirkungen aber unbestimmte und rein ergebnisbezogene Gebot des effektiven Vollzugs des Unionsrechts die innerstaatliche (Vollzugs-) Kompetenzverteilung aushebeln und zu einer Zentralisierung auf Bundesebene führen.¹⁶ Im Ansatz überzeugender erscheint der (wieder im Kontext verbindlicher Beschlüsse der DSK) alternativ vorgeschlagene¹⁷ Weg, die Institutionalisierung der DSK auf Art. 84 Abs. 1 S. 2 (und 5, 6) GG zu stützen (s.o.). Diese Gesetzgebung erfordert aber (wenn eine Abweichung der Länder ausgeschlossen werden soll) eine Zustimmung des Bundesrates (s.o.). Außerdem dürfte sich die so bundesrechtlich institutionalisierte DSK ohne freiwillige Zustimmung aller Beteiligten nicht mit Fragen der Aufsicht über öffentliche Stellen der Länder, also dem Vollzug von deren (hypothetischem) materiellem Datenschutzrecht befassen, da dieser Bereich gem. Art. 30 GG der alleinigen Vollzugskompetenz der Länder vorbehalten ist (s.o.). Ob das das (unausgesprochene) Bild ist, das der Bundesgesetzgeber von der in Art. 16a BDSG vorgesehenen DSK hat, erscheint aber zweifelhaft – realitätsgerecht ist, dass die institutionalisierte DSK dieselbe, umfassende Befassungskompetenz wie bisher haben soll. Für die Institutionalisierung einer solchen DSK besitzt der Bund aber **keine Gesetzgebungskompetenz**.

Was die noch weitergehende **Möglichkeit verbindlicher Entscheidungen der DSK** (im Sinne einer Bindung anderer deutscher Datenschutzbehörden an die Auslegung der DSK, nicht im Sinne eines Auftretens gegenüber Verantwortlichen, das soweit ersichtlich nirgends vorgeschlagen wird) angeht, stellt sich zunächst aus europarechtlicher Sicht die Frage, ob damit die „völlige Unabhängigkeit“ der Aufsichtsbehörden, die Art. 52 Abs. 1 DSGVO verlangt, in Frage gestellt würde. Dafür könnte sprechen, dass die im konkreten Fall zuständige Behörde nicht mehr frei in ihren Entscheidungen ist, und zwar jenseits der Bindungen, die sich aus der DSGVO ergeben. Dort ist eine Bindung an die Entscheidungen anderer Datenschutzbehörden nur im Kohärenzverfahren vorgesehen (Art. 65 Abs. 2 S. 3 DSGVO). Diese Regelung ist allerdings im Kontext mit grenzüberschreitenden Auslegungskonflikten zwischen den Datenschutzbehörden zu sehen. Andere Bindungen, etwa solche an die Auslegung der DSGVO durch den EuGH, oder auch die innerhalb einer hierarchisch organisierten Behörde, werden als selbstverständlich vorausgesetzt. Es spricht daher viel dafür, dass die Unabhängigkeit nur gegen Einflussnahmen von außen schützen (vgl. auch Art. 52 Abs. 2 DSGVO), nicht hingegen Bindungen innerhalb des Netzwerks der Datenschutzbehörden¹⁸ ausschließen soll. Zudem lässt die DSGVO erkennen, dass die Datenschutzbehörden eine einheitliche Auslegung der DSGVO anstreben sollen (insbes. Art. 51 Abs. 2 S. 1, Art. 63 DSGVO). Eine innerstaatliche Organisation, die mehrere Aufsichtsbehörden dergestalt miteinander vernetzt, dass dieses Ziel gefördert wird, ohne dass es zu Einflüssen „von außen“ kommt, erscheint daher **mit der DSGVO vereinbar**. Für die JI-Richtlinie gilt dasselbe.¹⁹

Verfassungsrechtlich stellen sich dagegen die oben bereits zur Institutionalisierung der DSK aufgeworfenen Fragen in verschärfter Form: Abgesehen von der **fehlenden Bundeskompetenz** zumindest

¹⁴ Vgl. *Richter/Spiecker gen. Döhmman*, Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung und Institutionalisierung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK 2.0), Rechtsgutachten im Auftrag der AG DSK 2.0, 2022, S. 75 ff.

¹⁵ Vgl. statt vieler *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 93. EL Juli 2020, Art. 83 Rn. 166.

¹⁶ Ablehnend zu einer Bundeskompetenz für den Vollzug von Unionsrecht daher auch *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 93. EL Juli 2020, Art. 83 Rn. 163 f.

¹⁷ Vgl. *Richter/Spiecker gen. Döhmman*, Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung und Institutionalisierung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK 2.0), Rechtsgutachten im Auftrag der AG DSK 2.0, 2022, S. 79 ff.

¹⁸ Dazu etwa *v. Lewinski*, NVwZ 2017, 1483 ff.

¹⁹ Vgl. Art. 41 ff. der JI-RL.

in Bereichen der Aufsicht über öffentliche Stellen der Länder erscheint bei einer Kooperation der Aufsichtsbehörden, die über Amtshilfe und unverbindlichen Austausch hinausgeht und der nach außen hin zuständigen Behörde Entscheidungselemente bindend vorgibt, ein **Verstoß gegen das Verbot der Mischverwaltung** naheliegend. Zwar kann eine Mischverwaltung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch jenseits der in Art. 91a ff. und Art. 108 GG ausdrücklich vorgesehenen Formen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.²⁰ Dafür müsste aber ein besonderer sachlicher Grund gegeben sein und das Datenschutzrecht eine „eng umgrenzte Verwaltungsmaterie“ darstellen. Zweifelhaft ist schon das Vorliegen eines besonderen sachlichen Grundes. Dass die uneinheitliche Handhabung des Datenschutzrechts „in der ersten Instanz“ ein Problem ist, wird durchaus bestritten,²¹ und eine wirkliche Vereinheitlichung lässt sich ohnehin erst auf der unionsrechtlichen Ebene erreichen, und auch dies erst nach gerichtlicher Überprüfung durch den EuGH. Zudem ist zweifelhaft, ob es angesichts der nach der Kompetenzverteilung möglichen Alternativen, insbesondere einer Konzentration der Datenschutzaufsicht über den nicht-öffentlichen Bereich beim BfDI (s.o.), einen besonderen Grund gerade für eine Mischverwaltung gibt. Dass das Anliegen des Gesetzgebers sinnvoll ist, reicht jedenfalls nicht aus.²² Schließlich erscheint es, selbst wenn man berücksichtigt, dass die DSK ihre möglichen Ingerenzrechte nur punktuell ausübt, zweifelhaft, ob das inzwischen ubiquitär relevante Datenschutzrecht wirklich eine „eng umgrenzte Verwaltungsmaterie“ darstellt²³.

Die **Institutionalisierung der DSK** im BDSG – und erst recht die Normierung von besonderen Befugnissen – sollte angesichts dieser Rahmenbedingungen ohne eingehende rechtliche Prüfung und präzise begrenzende Normierung ihrer Zuständigkeiten **unterbleiben**.

Zur Neuregelung des „Scoring“ (Artikel 1 Nr. 11 und Nr. 14)

Die Neuregelung des Bereichs ist **grundsätzlich zu begrüßen**. Beim derzeit noch geltenden § 31 BDSG handelt es sich im Kern immer noch um den vor der europäischen Datenschutzreform geltenden §§ 28a und 28b BDSG-alt, der mit den Vorgaben der DSGVO kaum vereinbar ist und seit langem berechtigter Kritik ausgesetzt ist. Die Aufhebung der Vorschrift ist daher zu begrüßen.

Der als Ersatz vorgeschlagene § 37a BDSG ist als Ausnahme vom Verbot der vollständig automatisierten Einzelfallentscheidung (Art. 22 Abs. 1 DSGVO) konzipiert und soll damit die **Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO** ausnutzen. Der Vorschlag beschränkt sich aber nicht auf die Regelung eines weiteren Ausnahmetatbestands, sondern enthält darüberhinausgehende und nicht von Öffnungsklauseln in der DSGVO gedeckte Elemente.

Erstens erstreckt § 37a Abs. 1 BDSG-E das Verbot der vollständig automatisierten Einzelfallentscheidung über die in Art. 22 Abs. 1 DSGVO vorgesehenen Fälle. Verboten ist dort nur eine „auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhende[...] Entscheidung, die [der betroffenen Person] gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“. Auch wenn der EuGH den Begriff des „Beruhens“ in seiner Entscheidung vom 7. Dezember 2023²⁴ weit verstanden hat und einen maßgeblichen Einfluss ausreichen lässt, fällt die bloße Erstellung von Wahrscheinlichkeitswerten nicht darunter, genauso wenig deren Verwendung zu anderen Zwecken. Mit der aktuellen Formulierung überschreitet der Gesetzgeber daher seinen verbleibenden Regelungsspielraum und schafft eine Norm, die von vornherein zumindest **teilweise europarechts-**

²⁰ BVerfGE 119, 331 (367, 370).

²¹ Vgl. etwa *Thiel*, ZD 2021, 179.

²² BVerfGE 119, 331 (370).

²³ A.A. *Richter/Spiecker gen. Döhm*, Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung und Institutionalisierung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK 2.0), Rechtsgutachten im Auftrag der AG DSK 2.0, 2022, S. 49.

²⁴ Urteil vom 7.12.2023, Rs. C-634/21 – Schufa Holding, ECLI:EU:C:2023:957 Rn. 48 ff.

widrig ist. Hier sollte eine andere Formulierung gewählt werden, die nur den Spielraum der Öffnungsklausel ausnutzt und nicht versucht, jedwedes Scoring zu regeln.

Zweitens erscheinen die für § 37a Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E vorgeschlagenen **Verwendungsverbote für bestimmte Daten** bedenklich. Im Grundsatz lassen sich die Einschränkungen zwar als „Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person“ i.S.d. Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO qualifizieren. Zweifelhaft erscheint aber, ob sie in dieser Pauschalität „angemessen“ im Sinne der Vorschrift sind. Hier bedarf es einer detaillierten Verhältnismäßigkeitsprüfung, die im Rahmen dieser Stellungnahme nicht möglich ist. Schon auf den ersten Blick **unangemessen** erscheint beispielsweise der pauschale Ausschluss von Daten aus sozialen Netzwerken. Sind diese öffentlich zugänglich, sind sie nicht per se schutzbedürftiger als sonstige Inhalte im „offenen Internet“, die aber nach § 37a Abs. 2 BDSG-E frei verwendet werden dürfen. Speziell zu § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. a) BDSG-E ist zudem zu berücksichtigen, dass der Unionsgesetzgeber in Art. 22 Abs. 4 DSGVO bereits (ohne Öffnungsklausel) geregelt hat, inwieweit besondere Kategorien personenbezogener Daten Eingang in Entscheidungen nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO finden dürfen. Dass der deutsche Gesetzgeber zu einer Verschärfung in Form des vorgeschlagenen völligen Ausschlusses berechtigt ist, ist daher nicht anzunehmen; insofern hilft auch Art. 23 DSGVO nicht, der nur eine Einschränkung, aber keine Erweiterung von Betroffenenrechten ermöglicht. Auch **insoweit** ist der Vorschlag daher **europarechtswidrig**. § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. a BDSG-E sollte daher gestrichen und die übrigen Punkte auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft und ggf. durch andere Vorgaben zur Vermeidung diskriminierender Ergebnisse ersetzt werden.

Die in § 37a Abs. 4 BDSG-E vorgeschlagenen **Informationspflichten** lassen sich im Ansatz ebenfalls als „Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person“ i.S.d. Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO verstehen und bedürfen daher keiner besonderen Öffnungsklausel (Art. 23 DSGVO wäre dazu sowieso nicht geeignet, weil er nur eine Einschränkung der Betroffenenrechte ermöglicht, aber keine Erweiterung). Auch hier stellt sich aber die Frage, ob nicht die Auskunftspflichten des Verantwortlichen schon in der DSGVO abschließend geregelt sind, und zwar in diesem Fall in Art 15 Abs. 1 lit. h DSGVO, der sich speziell auf die automatisierte Entscheidungsfindung einschließlich Profiling bezieht. Allerdings ist dort nur von Art. 22 Abs. 1 und 4 die Rede, außerdem von „zumindest“, was dafür spricht, dass in Ausnahmen nach Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO weitergehende Pflichten des Verantwortlichen **unionsrechtskonform** normiert werden können, solange sie der Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person dienen.

Zur Behördenzuständigkeit bei gemeinsamer Verantwortlichkeit (Artikel 1 Nr. 16)

Der vorgeschlagene § 40a BDSG, nach dem gemeinsam verantwortliche Unternehmen i.S.d. Art. 26 DSGVO durch freiwillige Anzeige die Behördenzuständigkeit konzentrieren können sollen, erscheint zwar nicht rechtlich, aber **praktisch problematisch**.

Verfassungsrechtlich erscheint es grundsätzlich zulässig, die Behördenzuständigkeit von einer Erklärung des (potenziellen) Adressaten der Behördentätigkeit abhängig zu machen, solange die wesentlichen Kriterien für die Zuständigkeit gesetzlich festgelegt sind.²⁵ Auch europarechtlich bestehen keine Bedenken, da die Effektivität des Vollzugs der DSGVO dadurch wohl sogar gefördert, jedenfalls aber nicht gefährdet wird.

Problematisch erscheint aber, dass die Zuständigkeitskonzentration nicht nur von der Anzeige der gemeinsam verantwortlichen Unternehmen, sondern dazu noch von der Annahme des Vorliegens

²⁵ Zur ähnlichen Situation der Behördenzuständigkeit kraft Verwaltungsakts *Schröder*, in FS Streinz, 2023, S. 655 ff.

einer gemeinsamen Verantwortlichkeit durch alle beteiligten Behörden abhängig ist. Wann eine gemeinsame Verantwortlichkeit i.S.d. Art. 26 DSGVO gegeben ist, ist aber trotz (oder wegen) der Rechtsprechung des EuGH zu der Thematik im Einzelfall schwierig zu beurteilen, so dass es zu unterschiedlichen Auffassungen kommen kann. Damit erscheinen Streitigkeiten über den Ausschluss der Zuständigkeit der für das Unternehmen mit dem geringeren Jahresumsatz an sich zuständigen Aufsichtsbehörde vorprogrammiert.

Passau, den 20. Juni 2024

gez. Prof. Dr. Meinhard Schröder